

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA*

Ingo Wolfgang Sarlet**

1. Considerações introdutórias
2. A crise do estado social de direito e a crise dos direitos fundamentais na era da globalização
3. Definição quanto à terminologia e conceito de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988
4. Funções e classificação dos direitos fundamentais: os direitos sociais como direitos negativos e positivos
5. O problema da eficácia dos direitos fundamentais sociais
6. Considerações finais
7. Referências bibliográficas

* O presente estudo foi originalmente publicado com o título “Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988”, veiculado na coletânea por mim organizada sob o título Direito Público em Tempos de Crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. As ligeiras modificações introduzidas limitaram-se ao título e algumas referências nas notas da parte introdutória, além da inclusão de alguma bibliografia.

** Juiz de Direito no RS. Doutor em Direito pela Universidade de Munique, Alemanha. Professor de Direito Constitucional na PUC/RS, onde também leciona a disciplina “Constituição e Direitos Fundamentais” no Mestrado em Direito.



1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS:

No limiar do terceiro milênio, podemos afirmar que os direitos fundamentais são construção definitivamente integrada ao patrimônio comum da humanidade. Resultantes do processo de constitucionalização (iniciado no final do século XVIII) dos assim denominados direitos naturais do homem, passaram a ser objeto de reconhecimento também na esfera internacional, de modo especial a partir do impulso vital representado pela Declaração da ONU, de 1948, hoje já com meio século de existência. É justamente sobre estes direitos fundamentais (ou, pelo menos, parte deles), que, há mais de duzentos anos, têm contribuído para o progresso moral da humanidade, que iremos centrar a nossa atenção. A inevitável amplitude do tema e os estreitos limites deste ensaio impõem, todavia, uma delimitação temática. Assim, optamos por discorrer sobre a problemática específica dos direitos fundamentais sociais na nossa Lei Fundamental, isto é, na ordem jurídico-constitucional pátria. A delimitação justifica-se, de outra parte, em face da natureza peculiar desta espécie de direitos fundamentais, notadamente por serem os direitos sociais os que mais tem suscitado controvérsias no que diz com sua eficácia e efetividade, inclusive quanto à problemática da eficiência e suficiência dos instrumentos jurídicos disponíveis para lhes outorgar a plena realização, seja no plano internacional, seja na esfera do direito constitucional comparado e pátrio.¹ No mais, cuidando-se de abordagem centrada na perspectiva constitucional (ou estatal),² deixaremos, em princípio, de discorrer sobre a já referida proteção internacional dos direitos fundamentais, ainda que, vez por outra, venhamos a fazer alguma alusão sobre esta outra perspectiva de abordagem e forma de positivação dos direitos fundamentais da pessoa humana.³

1 Sobre a proteção internacional existe farta literatura, especialmente sobre o pacto internacional de direitos econômicos, sociais e culturais, de 1966, bem como sobre o reconhecimento e proteção dos direitos sociais no âmbito europeu. Dentre a praticamente inesgotável literatura, vale referir Matthew Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Oxford: Clarendon Press, 1995. Viabilizando uma relativamente atualizada e completa visão panorâmica sobre o panorama europeu, no que diz com o regime jurídico-constitucional, v. Julia Hiopoulou-Strangas (éd), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de L'Union européenne.*, Baden-Baden: Nomos, 2000.

2 Cf. J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, pp. 11 e ss., que nos fala, além da perspectiva constitucional, de uma perspectiva filosófica (ou jusnaturalista) e de uma perspectiva internacional (ou universalista) de abordagem dos direitos fundamentais.

3 Cumpre destacar que a opção pela perspectiva nacional não significa, em absoluto, uma desconsideração da relevância da dimensão internacionalista, notadamente num mundo globalizado e cada vez mais marcado pela complexa interdependência e interpenetração entre a ordem jurídica interna e internacional. Para além disso, como de resto, teremos o ensejo de verificar no presente ensaio, a inquestionável dependência dos direitos fundamentais sociais, especialmente no tocante à sua efetivação, das circunstâncias econômicas, sociais e políticas vigentes de cada Estado e na ordem mundial, não pode ser negligenciada, ainda que não venha a constituir o objeto central do presente estudo. Ainda neste contexto, vale lembrar o já reconhecido – ao menos pelo prisma do direito positivo – direito ao desenvolvimento, igualmente de alta relevância para a problemática dos direitos sociais.

Antes de mais nada, porém, empreenderemos a tentativa de - ainda que de forma tímida e meramente exemplificativa - tecer algumas considerações sobre o contexto histórico, político e, acima de tudo, sócio-econômico: em suma, a respeito do pano de fundo no qual fatalmente se insere a problemática dos direitos fundamentais nos dias atuais. Assim, não poderíamos deixar de fazer referência à crise do Estado Social e ao impacto da globalização econômica e das doutrinas de matriz neoliberal sobre os direitos fundamentais, de modo especial, os direitos sociais, registrando, todavia, que de maneira alguma pretendemos aprofundar e esgotar - até mesmo por falta de formação específica - a gama de questões econômicas, sociais e políticas que o problema suscita. Superada esta etapa introdutória, passaremos a analisar alguns aspectos que dizem com os direitos fundamentais sociais na nossa ordem constitucional. Mesmo aqui, pelas razões já apontadas, priorizaremos os aspectos ligados ao conteúdo, significado e eficácia destes direitos, renunciando a qualquer pretensão de esgotamento da temática.

2. A CRISE DO ESTADO SOCIAL DE DIREITO E A CRISE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO

Em artigo veiculado na imprensa nacional, o economista Roberto Campos, de forma irônica e não sem uma ponta de cinismo, alertava os leitores para aquilo que denominou de “armadilhas semânticas”, dentre as quais destacou a expressão “social”, sustentando que o termo “social-democracia”, assim como “justiça social”, não passam de “bobagens semânticas”, já que inexiste democracia que não seja social, ao passo que o segundo termo pressupõe a existência de “um clube de justiceiros capazes de distinguir, melhor que o mercado, entre quem merece e quem não merece”.⁴ Se efetivamente cumpre reconhecer que as expressões referidas pelo ilustre articulista (a exemplo de tantas outras) são de conteúdo extremamente indeterminado e aberto, passíveis das mais diversas interpretações, além de revelarem uma certa redundância, não é menos certo afirmar que o pensamento ora reproduzido, traduz, de forma significativa, a essência da doutrina neoliberal e, principalmente, o descaso com o qual ao menos parte de seus seguidores tratam temas e valores essenciais (por mais que se procure negar) para a humanidade.

Que todo o Estado, toda a democracia e até mesmo toda a Justiça são, em última análise, fenômenos ligados à vida humana em sociedade, realmente parece elementar (pelo menos, desde Aristóteles), sendo, portanto, absolutamente dispensáveis as referências feitas pelo ilustre economista (e não serão os termos “economia” e “neoliberalismo” eles próprios uma “armadilha semântica”?). Quando, no entanto, se pode afirmar que a expressão “social”, agregada aos termos

4 V. edição do Jornal Zero Hora (RGS) , do dia 14.02.99, p. 14.

“Estado”, “Democracia” e “Justiça” (assim como ao termo “Direito”) sempre teve a função de ressaltar uma alteração substancial de conteúdo e significado dos referidos termos ao longo da História, ainda que não de forma similar nos mais variados quadrantes, verifica-se que a terminologia utilizada pode até ser objeto de controvérsia, mas certamente não se reduz a uma mera “bobagem semântica”. A evolução do assim chamado Estado Liberal para o Estado Social de Direito (apenas o segundo seria uma “armadilha” ou “bobagem semântica”?) certamente representou para a humanidade bem mais do que um mero capricho semântico. Da mesma forma, haveríamos de reconhecer que todos os ilustres juristas, economistas, sociólogos, políticos e filósofos que fizeram e ainda fazem largo uso destas expressões (de Marx e Lassale a Tony Blair, Bobbio, Gomes Canotilho e, entre nós, Paulo Bonavides), nada mais foram ou são do que “bobos” ou, na melhor das hipóteses, vítimas “das armadilhas semânticas” criadas pela fértil imaginação humana ao longo dos tempos.

Já que iniciamos pelo aspecto “semântico” da questão, cumpre evitar que nos enredemos na própria teia e sejamos, também nós, vítimas das armadilhas das quais nos falava o ilustre articulista, um dos mais destacados e ferrenhos representantes do pensamento liberal (no melhor estilo “neo”) pátrio. Assim, até por falta absoluta de espaço para enfrentarmos o problema, haveremos de partir do consenso, em termos do que se poderia chamar de “acordo semântico”, a respeito da terminologia “Estado Social de Direito”, que aqui utilizaremos ao invés de outras expressões, tais como “Estado-Providência”, “Estado de Bem-Estar Social”, “Estado Social”, “Estado Social e Democrático de Direito”, “Estado de Bem-Estar” (“Welfare State”).⁵ Muito embora nem todos atribuam às expressões referidas exatamente o mesmo sentido, e respeitadas as diferenças entre os diversos modelos, cumpre reconhecer que, mesmo cada uma das terminologias utilizadas, já (mas não exclusivamente) pela sua inevitável abertura semântica, tem sido objeto das mais diversas interpretações e definições quanto ao seu conteúdo e significado. Todas, porém, apresentam, como pontos em comum, as noções de um certo grau de intervenção estatal na atividade econômica, tendo por objetivo assegurar aos particulares um mínimo de igualdade material e liberdade real na vida em sociedade, bem como a garantia de condições materiais mínimas para uma existência digna. Neste contexto, para justificarmos a nossa opção dentre as variantes

5 Não desconhecemos a tendência, entre nós sustentada com fortes argumentos por Lênio Luis Streck e José Luís Bolzan de Moraes, *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, de se adotar a terminologia “Estado Democrático de Direito”, modelo de Estado, que, dentre outros aspectos, representaria um plus normativo em relação ao Estado Social de Direito. Especificamente sobre a evolução do Estado Liberal de Direito ao Estado Social de Direito, v. também a paradigmática contribuição de Paulo Bonavides, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994, assim como, mais recentemente, José Luís Bolzan de Moraes, *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

apontadas, entendemos que o assim denominado “Estado Social de Direito” constitui um Estado Social que se realiza mediante os procedimentos, a forma e os limites inerentes ao Estado de Direito, na medida em que, por outro lado, se trata de um Estado de Direito voltado à consecução da justiça social.⁶ Como se percebe, também nós, mais cedo ou mais tarde, acabamos por nos tornar vítimas de uma ou mais “armadilhas semânticas”.

Visto o que entendemos, ainda que sumariamente, por Estado Social de Direito, e movimentando-nos - ainda - no âmbito das premissas sobre as quais se assenta este estudo, cumpre registrar a circunstância, mais do que reconhecida, de que este Estado Social de Direito (mesmo que utilizada qualquer das terminologias referidas) encontra-se gravemente enfermo, enfermidade esta que - de forma mais ou menos aguda - vem afetando todos os Estados que se enquadram no molde citado, acarretando, para cada indivíduo (seja na Alemanha ou na França, seja na Argentina ou no Brasil) uma preocupação constante com a manutenção de seu padrão de vida e até mesmo com sua sobrevivência, na medida em que cada perda de um local de trabalho, cada corte nas prestações sociais, cada aumento de tributos para cobrir o déficit público, invariavelmente, afeta diretamente o cotidiano da vida humana, razão pela qual se pode sustentar que a crise do Estado Social de Direito é, também, uma crise da sociedade.⁷

Para além disso, cumpre fazer referência ao fato de que a crise do Estado Social de Direito é, também e de certa forma, a crise da democracia. Consoante assinalou Boaventura Santos, em recente e significativo ensaio, a fase que vivenciamos é marcada pela afirmação do que se tem denominado de “consenso liberal”, que, por sua vez, desdobra-se em quatro outros “consensos”: a) o consenso econômico neoliberal ou “consenso de “Washington”, que se manifesta, em especial, na globalização econômica e suas conseqüências (liberalização dos mercados, desregulamentação, privatização, cortes das despesas sociais, concentração do poder nas empresas multinacionais, etc.); b) o consenso do Estado fraco, caracterizado, também e aparentemente de forma paradoxal, pelo enfraquecimento e desorganização da sociedade civil; c) o consenso democrático liberal, isto é, por uma concepção minimalista da democracia; e d) o consenso do primado do Direito e dos Tribunais, que prioriza a propriedade privada, as relações mercantis e o setor privado.⁸ Inobstante a íntima vinculação e influência recíproca entre os quatro “consensos” referidos pelo ilustre cientista social lusitano, é de destacar, nesta quadra da exposição, que a citada concepção minimalista da democracia, por sua vez elemento integrante e conseqüência direta do “consenso liberal”, tem

6 Aderimos aqui, ainda que com alguma variação, à conceituação de H.-F. Zacher, in: HBStR I (1987), Rdnr. 96.

7 Neste sentido, v.o nosso estudo “Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade”, in: AJURIS 73 (1998), p.210 e ss.

8 Cf. Boaventura Souza Santos, *Reinventar a Democracia*, pp. 17-19.

gerado um gradativo enfraquecimento da democracia e, portanto, do Estado de Direito (necessariamente democrático), de modo especial, se encarados sob uma ótica não meramente formal, fenômeno este que, por sua vez, acabou influenciando diretamente os direitos fundamentais.

Na medida em que os efeitos nefastos da globalização econômica e do neoliberalismo, notadamente os relacionados com o aumento da opressão sócio-econômica e da exclusão social, somados ao enfraquecimento do Estado, têm gerado a diminuição da capacidade do poder público de assegurar aos particulares a efetiva fruição dos direitos fundamentais,⁹ além de reforçar a dominação do poder econômico sobre as massas de excluídos, verifica-se que até mesmo a noção de cidadania como “direito a ter direitos” (Celso Lafer) encontra-se sob grave ameaça, implantando-se, em maior ou menor grau, aquilo que Boaventura Santos denominou de um autêntico “fascismo societal”, notadamente nos países periféricos e em desenvolvimento. Dentre as diversas formas de manifestação desta nova forma de fascismo, tal como descrito pelo autor referido, cumpre destacar a crescente segregação social dos excluídos (fascismo do “apartheid social”), de tal sorte que a “cartografia urbana” passa a ser caracterizada por uma divisão em “zonas civilizadas”, onde as pessoas - ainda - vivem sob o signo do contrato social, com a manutenção do modelo democrático e da ordem jurídica estatal, e em “zonas selvagens”, caracterizadas por uma espécie de retorno ao estado de natureza hobbesiano, no qual o Estado, a pretexto de manutenção da ordem e proteção das “zonas civilizadas”, passa a atuar de forma predatória e opressiva, além de subverter-se virtualmente a ordem jurídica democrática, fenômeno que Boaventura Santos designou de “fascismo do Estado paralelo”.¹⁰

9 Cumprir registrar, neste sentido, a advertência de José Eduardo Faria, *Democracia e Governabilidade: os Direitos Humanos à Luz da Globalização Econômica*, in: J.E. Faria (Org) *Direito e Globalização Econômica*, p. 127 e segs, em instigante ensaio sobre o tema.

10 V. Boaventura Santos, *Reinventar a Democracia*, pp. 23 e ss., o qual ainda menciona outras formas de manifestação do fascismo, igualmente relevantes para o contexto dos direitos fundamentais, quais sejam: a) o “fascismo paraestatal”, que diz com a usurpação das prerrogativas estatais de coerção e regulação social por parte de atores sociais poderosos, fenômeno intimamente ligado ao “fascismo contratual”, no qual se aprofunda o desequilíbrio contratual e se busca a transformação do contrato de trabalho num contrato de direito civil, assim como ao “fascismo territorial”, caracterizado pelo controle de partes do território nacional por atores sociais poderosos; b) o “fascismo da insegurança”, caracterizado pela manipulação da insegurança das pessoas e grupos sociais, operando por meio da desmoralização dos serviços estatais de executar as políticas sociais de saúde, segurança social, habitação e educação, gerando a ilusão de que a solução reside na privatização destes serviços, o que se verifica com a expansão dos seguros de saúde e fundos de pensão privados; c) o “fascismo financeiro”, o qual comanda os mercados financeiros, a especulação financeira, atuando num “espaço-tempo virtualmente global e instantâneo” que, “combinado com a lógica de lucro especulativa que o sustenta, confere um imenso poder discricionário ao capital financeiro, praticamente incontrolável, apesar de suficientemente poderoso para abalar, em segundos, a economia real ou a estabilidade política de qualquer país.” (v. Boaventura Santos, pp. 24-37).

Neste mesmo contexto, há que deixar registrada a observação de José Eduardo Faria, para quem os segmentos excluídos da população, vítimas das mais diversas formas de violência física, simbólica ou moral - resultantes da opressão sócio-econômica - acabam não aparecendo como portadores de direitos subjetivos públicos, não podendo, portanto, nem mesmo ser considerados como verdadeiros “sujeitos de direito”, já que excluídos, em maior ou menor grau, do âmbito de proteção dos direitos e garantias fundamentais.¹¹ Assim, percebe-se que a redução do Estado, que de há muito - ainda mais sob a forma do Estado Social de Direito - transitou do papel de “vilão” (no sentido de inimigo da liberdade individual) para uma função de protetor dos direitos dos cidadãos, certamente nem sempre significa um aumento de liberdade e democracia.

Com efeito, no âmbito da globalização econômica e da afirmação do pensamento neoliberal, verifica-se que a redução do Estado, caracterizada principalmente pela desnacionalização, desestatização, desregulação e diminuição gradativa da intervenção estatal na economia e sociedade, tem ocasionado, paralelamente ao enfraquecimento da soberania interna e externa dos Estados nacionais (sem que se possa, contudo, falar em seu desaparecimento), um fortalecimento do poder econômico, notadamente na esfera supranacional.¹² De acordo com José Eduardo Faria, o gradativo enfraquecimento do Estado nacional acarreta, dentre outros aspectos, o fenômeno da “desterritorialização” da política, já que esta, com a proliferação de mecanismos de auto-regulação econômica, acaba perdendo o seu papel como instância privilegiada de decisão e deliberação, de tal sorte que “as decisões políticas tornam-se condicionadas por equilíbrios macroeconômicos que representam, mais do que um mero indicador, um verdadeiro princípio normativo responsável pela fixação de rigorosos limites às intervenções reguladoras dos Estados nacionais.”¹³ Assim, percebe-se facilmente que a crise do Estado Social de Direito é, também e de certa forma, a crise do Estado nacional, o qual, assim como a própria noção de soberania estatal, encontra-se igualmente submetido à prova e carece de uma profunda reavaliação.

A partir do exposto, tomando como premissa a idéia de que a crise do Estado Social é, também, uma crise da sociedade, da democracia e da cidadania, não nos será difícil sustentar - a exemplo do que já tem ocorrido no seio da doutrina - a existência de uma crise dos direitos fundamentais, crise que - à evidência - será mais ou menos aguda, quanto maior for o impacto dos efeitos negativos da globalização econômica e da ampla afirmação do paradigma neoliberal, de modo especial nos países tidos como periféricos ou em desenvolvimento, até mesmo

11 Cf. J. E. Faria, *Democracia e Governabilidade*, pp. 145-46.

12 Cf. a lição, entre outros, de J. Gorender, *Estratégias dos Estados Nacionais diante do Processo de Globalização*, in: *Globalização, Metropolização e Políticas Neoliberais*, p. 80 e segs., que, no entanto, sustenta a manutenção do papel de destaque do Estado nacional.

13 Cf. J.E. Faria, *Democracia e Governabilidade*, p. 142.

diante de seu grau de dependência dos países industrializados, dependência esta que tende a se tornar cada vez maior, aprofundando, por sua vez, os sintomas da crise já referida.

Sem que tenhamos a pretensão de aprofundar a discussão e rastrear todas as causas e sintomas desta “crise dos direitos fundamentais”, verifica-se que o aumento da opressão sócio-econômica, vinculado a menor ou maior intensidade do “fascismo societal”, tem gerado reflexos imediatos no âmbito dos direitos fundamentais, inclusive nos países desenvolvidos. Dentre estes reflexos, cumpre destacar: a) a intensificação do processo de exclusão da cidadania, especialmente no seio das classes mais desfavorecidas, fenômeno este ligado diretamente ao aumento dos níveis de desemprego e subemprego, cada vez mais agudo na economia globalizada de inspiração neoliberal;¹⁴ b) redução e até mesmo supressão de direitos sociais prestacionais básicos (saúde, educação, previdência e assistência social), assim como o corte ou, no mínimo, a “flexibilização” dos direitos dos trabalhadores;¹⁵ c) ausência ou precariedade dos instrumentos jurídicos e de instâncias oficiais ou inoficiais capazes de controlar o processo, resolvendo os litígios dele oriundos, e manter o equilíbrio social, agravando o problema da falta de efetividade dos direitos fundamentais e da própria ordem jurídica estatal.¹⁶

Esta assim denominada crise dos direitos fundamentais, ao menos na sua feição atual, a despeito de ser aparentemente mais aguda no âmbito dos direitos sociais (em função da redução da capacidade prestacional do Estado, da flexibilização dos direitos trabalhistas, etc.), é, contudo, comum a todos os direitos fundamentais, de todas as espécies e “gerações”, além de não poder ser atribuída, no que diz com suas causas imediatas, exclusivamente ao fenômeno da globalização econômica e ao avanço do ideário e da “praxis” neoliberal. Basta, neste contexto, apontar para o impacto da tecnologia sobre a intimidade dos indivíduos (de modo especial no âmbito da sociedade informatizada), sobre o meio-ambiente, isto sem falar no desenvolvimento da ciência genética, experiências com a reprodução humana,

14 A este respeito, v. também J.E. Faria, *Democracia e Governabilidade*, pp. 143 e segs.

15 É em face desta erosão crescente dos direitos econômicos e sociais, agregada ao aumento da pobreza e níveis de desemprego estrutural, que Boaventura Santos oportunamente refere a ocorrência de uma passagem dos trabalhadores de um “estatuto da cidadania” para um “estatuto de lumpencidadania”, isto é, para uma “cidadania de trapos”, em se fazendo uma tradução literal do alemão. (v. ob. cit., p. 19).

16 Neste sentido, v. J.E. Faria, *Direitos Humanos e Globalização Econômica: notas para uma discussão*, in: *O Mundo da Saúde*, vol. 22 (1998), pp. 74 e segs., alertando para a perda de uma parte significativa da jurisdição por parte do direito positivo e instituições oficiais, em face do policentrismo que caracteriza a economia globalizada, gerando, para além disso, um avanço das formas inoficiais ou não-oficiais de resolução dos conflitos, de tal sorte que se coloca a indagação de como os direitos fundamentais podem ser assegurados de forma eficiente pelo poder público quando este é relativizado pelo fenômeno da globalização, no âmbito do qual a política perde para o mercado seu papel de instância privilegiada de deliberação e decisão.

etc., demonstrando que até mesmo o progresso científico pode, em princípio, colocar em risco direitos fundamentais da pessoa humana.

Especificamente no que diz com os direitos sociais, cumpre destacar que nunca foram objeto de um reconhecimento consensual, além de sempre terem sido tratados, pelo menos predominantemente, de forma diferenciada, especialmente quanto à sua efetivação. Se isto já era verdade antes de se falar propriamente de uma crise do Estado Social de Direito, caracterizado justamente pelo reconhecimento e garantia de direitos sociais básicos, mais ainda este fenômeno se torna angustiante nos dias de hoje.

Para além disso, convém que fique registrado que - além da crise dos direitos fundamentais não se restringir aos direitos sociais - a crise dos direitos sociais, por sua vez, atua como elemento de impulso e agravamento da crise dos demais direitos. Assim, apenas para ficarmos com alguns exemplos, constata-se que a diminuição da capacidade prestacional do Estado e a omissão das forças sociais dominantes, além de colocarem em cheque a já tão discutível efetividade dos direitos sociais, comprometem inequivocamente os direitos à vida, liberdade e igualdade (ao menos, no sentido de liberdade e igualdade real), assim como os direitos à integridade física, propriedade, intimidade, apenas para citar os exemplos mais evidentes. Basta, neste contexto, observar que o aumento dos índices de exclusão social, somado à crescente marginalização, tem gerado um aumento assustador da criminalidade e violência nas relações sociais em geral, acarretando, por sua vez, um número cada vez maior de agressões ao patrimônio, vida, integridade corporal, intimidade, dentre outros bens jurídicos fundamentais.

Cumpre, ainda no que diz com este aspecto, fazer uma breve alusão ao pensamento de Norberto Bobbio, ao sustentar que a paz, a democracia e os direitos fundamentais da pessoa humana constituem três momentos necessários do mesmo movimento histórico: a paz atua como pressuposto necessário para o reconhecimento e efetiva proteção dos direitos fundamentais, ao passo que não poderá haver democracia (considerada como a sociedade dos cidadãos, titulares de certos direitos) onde não forem assegurados os direitos fundamentais, da mesma forma que sem democracia não existirão as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.¹⁷ A paz, contudo, não deverá, salvo melhor juízo, ser encarada apenas sob o prisma bélico (no sentido de ausência de guerra entre os povos e Estados), mas sim como paz nas relações sócio-econômicas e até mesmo interpessoais e afetivas em geral. A efetividade dos direitos fundamentais - de todos os direitos - depende, acima de tudo, da firme crença em sua necessidade e seu significado para a vida humana em sociedade, além de um grau mínimo de tolerância e solidariedade nas relações sociais, razão, aliás, pela qual de há muito se sustenta a existência de uma terceira dimensão (ou "geração") de direitos fundamentais, oportunamente designada de direitos de fraternidade ou solidariedade. A preservação

17 V. N. Bobbio, *A Era dos Direitos*, p. 1.

do meio ambiente, o respeito pela intimidade e vida privada, a proteção da criança e do adolescente, a igualdade entre homens e mulheres, a liberdade de expressão, dependem de um ambiente familiar e de relações afetivas sadias e responsáveis, enfim, de muito mais do que um sistema jurídico que formalmente assegure estes valores fundamentais, assim como de Juízes e Tribunais que zelem pelo seu cumprimento.

Por fim, oportuno registrar que cada vez mais se torna perceptível que a crise dos direitos fundamentais não se restringe a uma crise de eficácia e efetividade, mas se revela também como uma crise na esfera do próprio reconhecimento e da identidade dos direitos fundamentais, ainda que esta se encontre diretamente vinculada à crise da efetividade. Sem que tenhamos condições de desenvolver este aspecto, constata-se uma crescente descrença nos direitos fundamentais. Estes, ao menos na compreensível ótica da massa de excluídos, ou passam a ser encarados como verdadeiros “privilégios” de certos grupos (basta ver a oposição entre os “sem-terra” e os “com-terra”, os “sem-teto” e os “com-teto”, bem como entre os “com-saúde-e-educação” e os que a elas não têm acesso). Da mesma forma, chama a atenção o quanto têm crescido as manifestações, nos mais diversos segmentos da população, em prol da pena de morte, da desconsideração por princípios elementares do Estado de Direito, tais como o da ampla defesa, do contraditório, da vedação de penas cruéis e desumanas, etc. Quem abre as páginas dos jornais e se depara com depoimentos de cidadãos, apoiando e até mesmo elogiando, a atitude de integrantes da polícia militar que, após terem detido e imobilizado o autor de um simples furto, passaram a espancá-lo diante das câmeras da televisão, evidentemente não poderá deixar de repetir a pergunta tão significativa que nos foi feita a todos - e que todos deveríamos nos fazer diariamente - em conhecida canção do repertório nacional (Renato Russo): “que país é este?!”.

Feitas estas considerações gerais, na tentativa de delinear, ao menos esquemática e exemplificativamente, a conjuntura na qual se insere, não apenas a problemática da crise do Estado Social de Direito e a crise dos direitos fundamentais, mas, de modo especial, o contexto que caracteriza - de forma particularmente aguda - a nossa própria realidade constitucional, voltemo-nos à análise da problemática dos direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988, tema precípuo deste estudo, o que, por sua vez, pressupõe uma breve incursão no âmbito conceitual e terminológico, assim como algumas considerações em torno das funções e da classificação dos direitos fundamentais na nossa Constituição.

3. DEFINIÇÃO QUANTO À TERMINOLOGIA E CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Cientes da ausência de um consenso até mesmo na esfera terminológica e conceitual, acabamos por optar pela terminologia “Direitos Fundamentais”, aderindo à fórmula adotada pelo Constituinte (na epígrafe do Título II de nossa Carta),

que, por sua vez, se harmoniza com a tendência identificada no constitucionalismo mais recente, principalmente a partir da Lei Fundamental da Alemanha, de 1949.¹⁸ Além disso, cumpre frisar o caráter anacrônico e substancialmente insuficiente dos demais termos habitualmente utilizados na doutrina nacional e estrangeira, visto que, ao menos em regra, atrelados a categorias específicas do gênero direitos fundamentais.¹⁹ Ademais, sustentamos ser correta a distinção traçada entre os direitos fundamentais (considerados como aqueles reconhecidos pelo direito constitucional positivo e, portanto, delimitados espacial e temporalmente) e os assim denominados “Direitos Humanos”, que, por sua vez, constituem as posições jurídicas reconhecidas na esfera do direito internacional positivo ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem jurídico-positiva interna.²⁰ Com efeito, ainda que se possa e deva reconhecer uma crescente interpenetração, caracterizada particularmente pela influência recíproca entre as esferas internacional e constitucional (diga-se de passagem, expressamente consagrada na nossa Constituição, especialmente no seu art. 5º, § 2º), inexistem dúvidas quanto a seu distinto tratamento, de modo especial, o grau de eficácia alcançado, diretamente dependente da existência de instrumentos jurídicos adequados e instituições políticas e/ou judiciárias dotadas de poder suficiente para a sua realização.

Além dos aspectos já considerados, importa consignar, todavia, que os direitos humanos e os direitos fundamentais compartilham de uma fundamentalidade pelo menos no aspecto material, pois ambos dizem com o reconhecimento e proteção de certos valores, bens jurídicos e reivindicações essenciais aos seres humanos em geral ou aos cidadãos de determinado Estado, razão pela qual se poderá levar em conta tendência relativamente recente na doutrina, no sentido de utilizar a expressão “Direitos Humanos Fundamentais”, terminologia que abrange as esferas nacional e internacional de positivação.²¹ Assim, é a fundamentalidade na sua perspectiva formal – que se encontra intimamente ligada ao direito constitucional positivo – que irá, em última análise, distinguir os direitos fundamentais constitucionais. Na Constituição de 1988, esta fundamentalidade formal recebeu especial dignidade, revelando-se não apenas na hierarquia normativa superior das normas constitucionais em geral, mas principalmente no fato de que, de acordo com o disposto no art. 5º, § 1º da nossa Carta Magna, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Além disso, encontram-se os direitos fundamentais protegidos não apenas contra o legislador ordinário, mas

18 Assim também nas Constituições de Portugal (1976), Espanha (1978), Turquia (1982) e da Holanda (1983).

19 Neste sentido, v. J. A. da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, pp. 157 e ss.

20 A respeito do problema terminológico, v. o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, pp. 29 e ss.

21 Assim, entre nós, M.G. Ferreira Filho, *Direitos Humanos Fundamentais*, 1996, e A. Moraes, *Direitos Humanos Fundamentais*, 1997.

até mesmo contra a ação do poder constituinte reformador, já que integram – ao menos de acordo com o nosso entendimento – o rol das “cláusulas pétreas” do art. 60, § 4º, inc. IV, da CF.

Assim, com base no nosso direito constitucional positivo, e integrando a perspectiva material e formal já referida, entendemos que os direitos fundamentais podem ser conceituados como aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparados, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui consideramos a abertura material consagrada no art. 5º, § 2º, da CF, que prevê o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, bem como direitos expressamente positivados em tratados internacionais).²²

4. FUNÇÕES E CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS NEGATIVOS E POSITIVOS

4.1 A multifuncionalidade e a classificação dos direitos fundamentais na nossa Constituição

Principalmente a partir da constatação de que os direitos fundamentais assumem, na ordem constitucional, uma dupla perspectiva jurídico-objetiva e jurídico-subjetiva, exercendo um leque diversificado de funções na ordem jurídica,²³ mas também pelo fato de que o Constituinte de 1988 foi diretamente influenciado, quando da formação do catálogo dos direitos fundamentais, pelas diferentes teorias sobre estes formuladas, a doutrina vem sustentando a tese de uma multifuncionalidade dos direitos fundamentais, que consensualmente já não se restringem mais à fun-

22 Sobre o conceito de direitos fundamentais, v. o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, pp. 78 e ss., ressaltando-se que a conceituação proposta baseou-se na definição de R. Alexy (*Teorie der Grundrechte*, p. 407), mas levou em conta as especificidades de nossa ordem constitucional positiva.

23 Em que pese o ainda tímido desenvolvimento desta dupla perspectiva dos direitos fundamentais em nossa doutrina, tem sido reconhecido, também entre nós (neste sentido, v. P. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, pp. 481 e ss. e pp. 532 e ss.), que os direitos fundamentais podem, em princípio, ser considerados tanto na sua condição de direitos subjetivos, quanto como elementos objetivos fundamentais da comunidade (assim a lição de K. Hesse, *Grundzüge*, p. 127). Como bem ressaltou o ilustrado jurista espanhol Pérez Luño, os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais (in: *Los Derechos Fundamentales*, pp. 20-1). A respeito da dupla perspectiva dos direitos fundamentais v. também o nosso “*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*”, pp. 138 e ss.

ção de direitos de defesa contra os poderes públicos, nem podem ser reduzidos à noção de direitos subjetivos públicos.²⁴

Com base nesta premissa – que aqui não temos condições de desenvolver – verificamos que uma classificação dos direitos fundamentais que pretenda um certo grau de relevância prática não poderá desconsiderar nem a diversidade de funções exercidas, nem a distinta e complexa estrutura normativa dos direitos fundamentais. Portanto, sem que estejamos a minimizar o valor de outros critérios classificatórios, consideramos que apenas uma classificação sistemática, calcada em critérios objetivos, funcionais e diretamente embasados nas especificidades do direito constitucional positivo poderá ser de efetiva utilidade prática. Neste contexto, reportamo-nos à classificação proposta pelo ilustre jusfilósofo alemão R. Alexy,²⁵ pelo menos parcialmente adotada (inobstante com as devidas adaptações ao direito positivo) pelo eminente publicista de Coimbra, J.J. Gomes Canotilho.²⁶

Afastando-nos de formulação anterior sobre este tema,²⁷ entendemos que uma classificação dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada e que, por sua vez, tenha como ponto de partida a perspectiva multifuncional, poderia partir – na esteira de Alexy e Canotilho – da distinção entre dois grandes grupos: os direitos fundamentais na condição de direitos de defesa e os direitos fundamentais como direitos a prestações (de natureza fática e jurídica). O segundo grupo – dos direitos a prestações –, dividir-se-ia igualmente em dois subgrupos, quais sejam, os direitos a prestações em sentido amplo (englobando, por sua vez, os direitos à proteção e os direitos à participação na organização e procedimento) e o dos direitos a prestações em sentido estrito, salientando-se que a ambos se aplica a distinção entre direitos derivados e originários a prestações, que será oportunamente retomada.²⁸

24 Cf., por exemplo, J.J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional, pp. 522 e ss. Entre nós, cumpre citar, entre outros, G.F. Mendes, in: CDTFP n.º 3 (1993), p. 23.

25 A classificação de Alexy (que divide os direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações), parte de uma estreita vinculação com uma concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos com sede na Constituição, no sentido de posições subjetivas individuais justiciáveis, distinguindo-os de normas meramente objetivas (Theorie der Grundrechte, p. 405).

26 V. J.J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional, pp. 552 e ss.

27 Referimo-nos aqui à classificação por nós proposta na tese de doutoramento apresentada perante a Universidade de Munique, Alemanha, publicada pela editora Peter Lang, de Frankfurt, sob o título “Die Problematik der sozialen Grundrechte in der brasilianischen Verfassung und im deutschen Grundgesetz” (A Problemática dos Direitos Fundamentais Sociais na Constituição Brasileira e na Lei Fundamental da Alemanha), na qual – em virtude do objetivo específico de oferecermos uma visão panorâmica sobre os direitos fundamentais na nossa Constituição – optamos por um modelo classificatório mais atrelado à sistemática (ou assistemática?) do texto constitucional, e não rigorosamente baseado num critério funcional.

28 A respeito da problemática da classificação dos direitos fundamentais, reportamo-nos também ao nosso “A Eficácia dos Direitos Fundamentais”, pp. 153 e ss.

4.2 Os direitos fundamentais como direitos de defesa e direitos a prestações

4.2.1 Os direitos fundamentais como direitos de defesa

De acordo com a clássica concepção de matriz liberal-burguesa, os direitos fundamentais constituem, em primeiro plano, direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade.²⁹ Esta concepção, muito embora já não corresponda plenamente à realidade contemporânea, continua ocupando lugar de destaque, já que, como averba K. Hesse, mesmo uma ordem constitucional democrática necessita de direitos de defesa, na medida em que também a democracia não deixa de ser exercício de poder dos homens sobre seus semelhantes, encontrando-se exposta às tentações do abuso de poder, bem como pelo fato de que mesmo num Estado de Direito os poderes públicos correm o risco de praticar injustiças.³⁰ Acima de tudo, os direitos fundamentais – na condição de direitos de defesa – objetivam a limitação do poder estatal, assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade e lhe outorgando um direito subjetivo que lhe permita evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal.³¹

Com base no exposto, percebe-se, desde logo, que os direitos fundamentais de defesa se dirigem a uma obrigação de abstenção por parte dos poderes públicos, implicando para estes um dever de respeito a determinados bens e interesses da pessoa humana, por meio da omissão de ingerências ou pela intervenção na esfera de liberdade pessoal apenas em determinadas hipóteses e sob certas condições.³² A título de síntese e de acordo com a plástica formulação de Gomes Canotilho, “os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos”.³³

29 Cf., dentre outros, A. Bleckmann, *Die Grundrechte*, p. 247.

30 Cf. K. Hesse, *Grundzüge*, p. 131.

31 V., por todos, C. Starck, in: *von Mangoldt-Klein*, p. 84 e, mais recentemente, M. Sachs, in: M. Sachs (Org), *Grundgesetz*, p. 80. No direito luso-brasileiro, citem-se, por exemplo, J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 552, e, por último, E. Pereira de Farias, *Colisão de Direitos*, p. 84.

32 Esta a lição de G. Manssen, *Staatsrecht I*, p. 13.

33 Cf. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 552.

Os direitos fundamentais na sua função defensiva caracterizam-se, portanto, essencialmente, como direitos negativos, dirigidos precipuamente a uma conduta omissiva por parte do destinatário (Estado ou particulares – na medida em que se pode admitir uma eficácia privada dos direitos fundamentais). Abrangem, além dos assim denominados direitos de liberdade, a igualdade perante a lei, o direito à vida e o direito de propriedade, os quais integram o que se convencionou chamar de primeira geração dos direitos fundamentais. No mais, fazem parte deste grupo todos os direitos fundamentais que objetivam, em primeira linha, a proteção de certas posições jurídicas contra ingerências indevidas, de tal sorte que, em princípio, se cuida de garantir a livre manifestação da personalidade (em todos os seus aspectos), assegurando, além disso, uma esfera de autodeterminação (autonomia) do indivíduo.³⁴ Percebe-se, pois, que o espectro dos direitos de defesa, os quais podem ser enquadrados no “status negativus e/ou libertatis” do qual já nos falava Jellinek,³⁵ é de uma amplitude ímpar, englobando também as garantias fundamentais (direitos-garantia), os direitos políticos, proteção da intimidade e vida privada, parte dos direitos sociais e até mesmo os novos direitos contra manipulações genéticas e a assim denominada liberdade de informática e o direito a autodeterminação informativa.

4.2.2 – Os direitos fundamentais como direitos a prestações

Vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, além da não intervenção na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, assegurada pelos direitos de defesa (ou função defensiva dos direitos fundamentais), a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos.³⁶ Assim, enquanto os direitos de defesa (“status libertatis e status negativus”) se dirigem, em princípio, a uma posição de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos, os direitos a prestações, que, de modo geral, e ressalvados os avanços que podem ser registrados ao longo do tempo, podem ser reconduzidos ao “status positivus” de Jellinek, implicam postura ativa do Estado, no sentido de

34 Cf. K. Stern, in: *HbStR* V, pp. 70-1.

35 Sobre a multicitada teoria dos quatro “status” de Georg Jellinek, desenvolvida na obra “Sistema dos Direitos Públicos Subjetivos”, no final do século XIX, v., entre outros, a apresentação e crítica de R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, pp. 230 e ss.

36 Cf., dentre tantos, Pieroth-Schlink, *Grundrechte*, p. 19, e W. Krebs, in: *JURA* 1988, p. 624, este último recepcionado, entre nós, por G.F. Mendes, in: *CDTFP* n.º 3 (1993), p. 28.

que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática).³⁷

Os direitos fundamentais a prestações, inobstante possam ser referidos alguns precedentes, ainda que isolados e tímidos,³⁸ enquadram-se no âmbito dos assim denominados direitos de segunda geração (ou dimensão), correspondendo à evolução do Estado de Direito, na sua matriz liberal-burguesa, para o Estado democrático e social de Direito, consagrando-se apenas neste século, principalmente após a Segunda Guerra Mundial. Na Constituição vigente, os direitos a prestações encontraram uma receptividade sem precedentes no constitucionalismo pátrio, de modo especial no capítulo dos direitos sociais. Além disso, verifica-se que, mesmo em outras partes do texto constitucional (inclusive fora do catálogo dos direitos fundamentais), se encontra uma variada gama de direitos a prestações. Basta, neste contexto, uma breve referência aos exemplos do art. 17, § 3º, da CF (direito dos partidos políticos a recursos do fundo partidário), bem como do art. 5º, incs. XXXV e LXXIV (acesso à Justiça e assistência jurídica integral e gratuita), para que possamos perceber nitidamente que, até mesmo entre os direitos políticos e direitos individuais (para utilizar a terminologia de nossa Carta), encontramos direitos fundamentais que exercem precipuamente uma função prestacional.³⁹

Para além do exposto, importa ter presente que também os direitos a prestações abrangem um feixe complexo e não necessariamente uniforme de posições jurídicas, que podem variar quanto a seu objeto, seu destinatário e até mesmo quanto à sua estrutura jurídico-positiva, com reflexos na sua eficácia e efetivação. Assim, conforme o seu objeto, poder-se-á distinguir os direitos a prestações em direitos a prestações materiais ou fáticas e direitos a prestações normativas ou jurídicas.⁴⁰ Neste contexto, há que atentar para o fato de que os direitos a prestações não se restringem aos chamados direitos sociais, entendidos como direitos a prestações fáticas, englobando também os direitos à proteção e direitos à participação na organização e procedimento. Distingue-se, portanto, entre os direitos a prestações em sentido amplo (direitos à proteção e participação na organização e procedi-

37 Neste sentido, v., por exemplo, C. Starck, in: *von Mangoldt-Klein*, p. 86. Entre nós, v. a lição de R. D. Stumm, *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*, pp. 129 e ss., baseada principalmente na doutrina de R. Alexy. Mais recentemente, v. E. Pereira de Farias, *Colisão de Direitos*, pp. 86 e ss., arrimado nos ensinamentos de Gomes Canotilho, Vieira de Andrade e Alexy.

38 É o caso, por exemplo, da Constituição Francesa de 1793 e, entre nós, da Constituição Brasileira de 1824, que previa um direito a instrução primária gratuita (art. 179, inc. XXXII) e, sob certo aspecto, um direito a assistência social, ao prever uma garantia dos socorros públicos (art. 179, inc. XXXI), revelando, de tal sorte, uma certa preocupação com o social mesmo em plena fase do constitucionalismo liberal-burguês.

39 A este respeito, bem como sobre a caracterização dos direitos a prestações, v. o nosso “*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*”, pp. 185 e ss.

40 Este o entendimento, entre nós, de E. Pereira de Farias, *Colisão de Direitos*, p. 87, baseado no entendimento do mestre lusitano Vieira de Andrade.

mento), que, de certa forma, podem ser reconduzidos primordialmente ao Estado de Direito na condição de garante da liberdade e igualdade do “status negativus”, e os direitos a prestações em sentido estrito (direitos a prestações sociais materiais), vinculados prioritariamente às funções do Estado Social.⁴¹

Por derradeiro, costuma-se classificar, sob outro critério, os direitos a prestações em direitos derivados e direitos originários a prestações, classificação esta que alcança tanto os direitos prestacionais em sentido amplo e restrito. Sob a rubrica de direitos derivados a prestações, compreendem-se, em síntese, de acordo com a formulação de Gomes Canotilho, tanto o direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições criadas pelos poderes públicos, quanto o direito de igual participação nas prestações que estas instituições dispensam à comunidade.⁴² Já no que diz com os direitos originários a prestações, estes podem ser definidos como direitos dos cidadãos ao fornecimento de prestações estatais, independentemente da existência de um sistema prévio de oferta destes bens e/ou serviços por parte do Estado, em outras palavras, direitos que podem ser deduzidos diretamente das normas constitucionais que os consagram.⁴³

4.3 Os direitos fundamentais sociais como direitos negativos (defesa) e direitos positivos (prestações)

A Constituição de 1988 – e isto pode ser tido como mais um de seus méritos – acolheu os direitos fundamentais sociais expressamente no título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), concedendo-lhes capítulo próprio e reconhecendo de forma inequívoca o seu “status” de autênticos direitos fundamentais, afastando-se, portanto, da tradição anterior do nosso constitucionalismo, que, desde a Constituição de 1934, costumava abrigar estes direitos (ao menos parte dos mesmos), no título da ordem econômica e social, imprimindo-lhes reduzida eficácia e efetividade, ainda mais porquanto eminentemente consagrados sob a forma de normas de cunho programático. Basta, contudo, uma breve mirada sobre o extenso rol de direitos sociais da nossa Constituição, para que não se possa desconsiderar

41 Sobre a distinção entre direitos a prestações em sentido amplo e estrito v. o nosso “A Eficácia dos Direitos Fundamentais”, pp. 190 e ss., a partir da paradigmática formulação de R.Alexy, Theorie der Grundrechte, pp. 395 e ss.

42 Cf. J.J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional, p. 553, que, inspirado na doutrina germânica, conclui que os direitos derivados a prestações podem ser considerados, no sentido referido, como direitos dos cidadãos a participação igual nas prestações estatais na medida das capacidades existentes.

43 Neste sentido, v. H. von Heinegg/U. Haltern, in: JÄ 1995, p. 337. Assim também W. Krebs, in: JURA 1988, p. 626 e K. Hesse, in: EuGRZ 1978, p. 433. Para J.J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional, p. 554, pode afirmar-se a existência de direitos originários a prestações quando, “(1) a partir da garantia constitucional de certos direitos (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efetivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos.”

que o nosso Constituinte, sob a denominação genérica de “Direitos Sociais”, acolheu dispositivos (e, portanto, normas neles contidas) da natureza mais diversa possível, o que evidentemente suscita uma série de dificuldades quando se cuida da tarefa de obter uma definição constitucionalmente adequada, assim como uma correta classificação dos direitos fundamentais sociais na nossa ordem constitucional vigente. Diversamente de outras ordens constitucionais, inexistem dúvidas quanto à terminologia a ser adotada, já que o Constituinte expressamente utilizou a expressão “direitos sociais” (leia-se direitos fundamentais sociais). A problemática restringe-se, portanto, à pergunta sobre qual o sentido (conteúdo) a ser imprimido à expressão, o que, de outra parte, nos remete também para o problema da classificação dos direitos fundamentais sociais.

De acordo com a tradição de nossa doutrina, os direitos fundamentais sociais têm sido compreendidos como direitos a prestações estatais,⁴⁴ havendo ainda quem os enquadre na doutrina das liberdades públicas, conceituando os direitos sociais como a liberdade positiva do indivíduo de reclamar do Estado certas prestações.⁴⁵ Considerados resultado de uma evolução que radica na já referida Constituição Francesa de 1793 e que passa pela assim denominada “questão social” do século XIX,⁴⁶ os direitos fundamentais sociais passaram a ser entendidos como uma dimensão específica dos direitos fundamentais, na medida em que pretendem fornecer os recursos fáticos para uma efetiva fruição das liberdades, de tal sorte que têm por objetivo (na condição de direitos prestacionais) a garantia de uma igualdade e liberdade real, que apenas pode ser alcançada pela compensação das desigualdades sociais.⁴⁷ Justamente em virtude de sua vinculação com a concepção de um Estado social e democrático de Direito, como garante da justiça material, os direitos fundamentais sociais reclamam uma postura ativa do Estado, visto que a igualdade material e a liberdade real não se estabelecem por si só, carecendo de uma realização.⁴⁸ Para além disso, cumpre observar – arrimados na expressiva lição de J. Miranda - que por meio dos direitos sociais se objetiva atingir uma liberdade tendencialmente igual para todos, que apenas pode ser alcançada com a superação das desigualdades e não por meio de uma igualdade sem liberdade.⁴⁹

44 Neste sentido, entre outros, R. D. Stumm, Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro, p. 129.

45 Assim, por exemplo, P. Vidal Neto, Estado de Direito – Direitos Individuais e Direitos Sociais, p. 148, que remete especialmente para os ensinamentos de G. Burdeau, observando que os direitos sociais podem ser definidos como liberdades positivas, já que objetivam a libertação do homem concreto de todas as formas de opressão, notadamente, do medo e da necessidade.

46 Assim também P. Vidal Neto, Estado de Direito – Direitos Individuais e Sociais, pp. 121 e ss.

47 A este respeito v. J.A da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 253.

48 Esta, em síntese, a lição de J. Miranda, in: CDCCP nº 1 (1992), pp. 199-200.

49 Cf. J. Miranda, in: CDCCP nº 1 (1992), p. 200.

Todavia, ainda que se possa partir da premissa de que os direitos fundamentais sociais - na condição de direitos a prestações - se encontram, de certa forma, a serviço da efetiva fruição dos direitos fundamentais em geral (e, portanto, a serviço da liberdade e igualdade material), não há como desconsiderar a evidência de que a conceituação dos direitos fundamentais sociais como direitos a prestações estatais - ao menos do ponto de vista de nosso direito constitucional positivo - é manifestamente equivocada. Com efeito, se já logramos demonstrar que os direitos a prestações, tomados em sentido amplo, não se restringem a direitos a prestações materiais, de tal sorte que nem todos os direitos a prestações são direitos sociais, também os direitos sociais não se limitam a uma dimensão prestacional. Basta, neste sentido, apontar para os diversos exemplos que podem ser encontrados apenas no âmbito dos assim denominados “direitos dos trabalhadores”, localizados nos arts. 7º a 11 da nossa Constituição.

À vista do exposto, percebe-se, com facilidade, que vários destes direitos fundamentais sociais não exercem a função precípua de direitos a prestações, podendo ser, na verdade, reconduzidos ao grupo dos direitos de defesa, como ocorre com o direito de greve (art. 9º, da CF), a liberdade de associação sindical (art. 8º, da CF), e as proibições contra discriminações nas relações trabalhistas consagradas no art. 7º, incs. XXXI e XXXII, de nossa Lei Fundamental. O mesmo fenômeno se verificava, ao menos em parte e na sua formulação original, na Constituição Portuguesa de 1976, na qual diversos dos direitos fundamentais dos trabalhadores, inicialmente contidos no título dos direitos econômicos, sociais e culturais, foram integrados, na revisão de 1982, no título dos direitos, liberdades e garantias.⁵⁰ Esta categoria de direitos fundamentais sociais, de cunho notoriamente negativo (já que precipuamente dirigidos uma conduta omissiva por parte do destinatário, seja ele qual for, Estado ou particular), tem sido oportunamente denominada de “liberdades sociais”,⁵¹ integrando o que se poderia chamar - inspirados na concepção de Jellinek - de um “status negativus socialis” ou “status socialis libertatis”.

Os direitos sociais a prestações, por sua vez (direitos de cunho positivo), que não esgotam o grupo dos direitos prestacionais, já que excluem os direitos a prestações em sentido amplo (integrantes de um “status positivus libertatis”), compõem o grupo dos direitos a prestações em sentido estrito, formando o que oportunamente já se chamou de “status positivus socialis”.⁵² Podendo ser considerados

50 Neste sentido, v. J. Miranda, in: *RDP* nº 82 (1987), pp. 16-17.

51 Esta a posição de J.C. Vieira de Andrade, *Rapport sur la protection des droits fondamentaux au Portugal*, p. 4.

52 Cf. D. Murswiek, in: *HBSiR* V, pp. 248 e ss., os direitos do “status positivus libertatis” (ou direitos a prestações em sentido amplo), são formados pelos direitos à proteção e direitos à participação na organização e procedimento, encontrando-se vinculados à atuação do Estado na condição de Estado liberal de Direito, ao passo que os direitos sociais a prestações (direitos do “status positivus socialis” ou direitos a prestações em sentido estrito), voltados precipuamente para a obtenção de prestações fáticas, devem ser reconduzidos à atuação do Estado como Estado social de Direito.

(também) como fatores de implementação da justiça social, por se encontrarem vinculados à obrigação comunitária para com o fomento integral da pessoa humana, percebe-se, desde logo, que os direitos sociais prestacionais (positivos) constituem expressão direta do Estado Social e, portanto, produto, complemento e limite do Estado liberal de Direito e dos direitos de defesa, especialmente dos clássicos direitos de liberdade de matriz liberal-burguesa.⁵³ Os direitos sociais (na sua dimensão prestacional) encontram-se, neste contexto, intimamente atrelados às tarefas do Estado como Estado Social, o qual justamente deve zelar por uma adequada e justa distribuição e redistribuição dos bens existentes.⁵⁴ É por esta razão que se justifica a opção por excluir do âmbito dos direitos sociais a prestações (direitos prestacionais em sentido estrito, portanto) os direitos a prestações em sentido amplo, que, apesar de sua dimensão positiva, dizem respeito principalmente às funções tradicionais do Estado de Direito.

A partir do exposto, constata-se que os direitos fundamentais sociais na nossa Constituição também não formam um conjunto homogêneo, não podendo ser definidos restritivamente como direitos a prestações estatais.⁵⁵ Esta ausência de homogeneidade não se baseia apenas no objeto diferenciado dos direitos sociais, que abrangem tanto direitos a prestações como direitos de defesa, mas também na diferenciada forma de positivação no texto constitucional, assim como assumem feições distintas no que diz com a problemática da eficácia e efetividade, aspecto sobre o qual voltaremos a nos manifestar de forma mais detida. Ademais, também os direitos sociais não se limitam aos expressamente positivados no catálogo, podendo ser sustentada, à luz do disposto no art. 5º, § 2º, da nossa Constituição, não apenas a existência de direitos não escritos (implícitos e decorrentes do regime e dos princípios), quanto direitos sociais positivados em tratados internacionais e, principalmente, localizados em outras partes do texto constitucional, especialmente na ordem social.⁵⁶ Aliás, mesmo nos dispositivos da ordem social que integram, entre outros, os direitos fundamentais sociais à saúde, educação, assistência e previdência social, encontramos posições jurídico-fundamentais de natureza eminentemente defensiva e, portanto, negativa, como ocorre com o art. 199, “caput” (a assistência à saúde é livre à iniciativa privada), art. 201, § 5º (vedação de benefício previdenciário não inferior ao salário mínimo), bem como o art. 206,

53 A este respeito v. as lições de K.-J. Bieback, in: *EuGRZ* 1985, p. 659, e H.F. Zacher, *Sozialpolitik und Menschenrechte in der Bundesrepublik Deutschland*, p. 11, para quem os direitos sociais objetivam o fomento ativo, por parte do Estado, do livre desenvolvimento da personalidade humana.

54 Cf. G. Haverkate, *Verfassungslehre*, pp. 258 e ss.

55 Embora desenvolvida no direito lusitano, é de acolher-se a lição de J.J. Gomes Canotilho e V. Moreira, *Fundamentos da Constituição*, pp. 112 e ss.

56 Sobre o conceito, significado e alcance do conceito materialmente aberto de direitos fundamentais na nossa Constituição, remetemos o leitor ao nosso “*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*”, pp. 81 e ss.

incs. I, II e IV (igualdade de acesso e permanência na escola, liberdade de ensino e aprendizagem e a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais).

Concluindo este item do nosso estudo, podemos afirmar, em síntese, que a denominação de direitos sociais, à luz de nossa Constituição, não se prende – pelo menos não exclusivamente – ao fato de que se cuida de posições jurídicas a prestações materiais do Estado, mesmo que no cumprimento de sua função como Estado Social, ou mesmo ao fato de que se trata de direitos conferidos a uma determinada categoria social (como ocorre com os direitos dos trabalhadores). De qualquer modo, entendemos que a denominação de direitos fundamentais sociais encontra sua razão de ser na circunstância – comum aos direitos sociais prestacionais e aos direitos sociais de defesa – de que todos consideram o ser humano na sua situação concreta na ordem comunitária (social), objetivando, em princípio, a criação e garantia de uma igualdade e liberdade material (real), seja por meio de determinadas prestações materiais e normativas, seja pela proteção e manutenção do equilíbrio de forças na esfera das relações trabalhistas.⁵⁷ Neste sentido, considerando os aspectos referidos, poderíamos conceituar os direitos fundamentais sociais – na esteira da magistral formulação de J. Miranda – como direitos à libertação da opressão social e da necessidade.⁵⁸

4.4 O dualismo relativo entre os direitos de defesa e os direitos a prestações e o problema das distinções entre ambos os grupos de direitos fundamentais.

Inobstante existam Constituições onde os direitos fundamentais sociais tenham sido contemplados com um regime jurídico diferenciado, como ocorre no caso da Constituição Portuguesa de 1976,⁵⁹ não é esta a hipótese verificada com relação ao direito pátrio, já que a decisão do Constituinte, ao acolher os direitos sociais no Título II da nossa Carta, parece inequívoca. Mesmo em Portugal, onde a normatividade reforçada dos direitos, liberdades e garantias (em suma, dos direitos de defesa) é decorrência da expressa vontade do Constituinte, e muito embora haja quem reconheça uma certa prevalência desses direitos, não se questiona a qualidade de direitos fundamentais dos direitos sociais, econômicos e culturais, já

57 A este respeito, v. o nosso “*Die Problematik der sozialen Grundrechte*”, pp. 130 e ss.

58 Cf. J. Miranda, in: CDCCP nº 1 (1992), p. 201. Próximo a este conceito – inobstante situado em outro contexto – encontramos a definição de A. C. Wolkmer, in: *RIL* nº 122 (1994), pp. 278 e ss., que vincula os direitos sociais com a necessidade de se assegurar as condições materiais mínimas para a sobrevivência e, para além disso, para a garantia de uma existência com dignidade.

59 Na Constituição Portuguesa de 1976, os direitos sociais, econômicos e culturais do Título III não integram as “cláusulas pétreas”, além de não constituírem normas diretamente aplicáveis e vinculantes das entidades públicas e particulares.

que expressam valores básicos do Estado social e democrático de Direito.⁶⁰ Já na nossa ordem constitucional, constata-se, desde logo, que uma prevalência dos direitos de defesa não é seriamente defensável, tendo em vista que o Constituinte não traçou distinções relevantes entre os direitos de defesa e os direitos sociais.⁶¹ Como elementos nucleares integrantes do Estado Social e Democrático de Direito e por constituírem – em maior ou menor grau – expressões do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF), podemos partir da premissa de que tanto os direitos de defesa quanto os direitos sociais formam o sistema unitário e materialmente aberto dos direitos fundamentais na nossa Constituição.⁶²

No que diz com as relações entre os direitos de defesa e os direitos sociais, notadamente os de cunho prestacional, não há, portanto, como sustentar a tese de uma dicotomia ou dualismo absoluto (no sentido de um antagonismo insuperável), já que a nossa Constituição – assim como a Portuguesa – indica que a relação entre ambas as categorias de direitos fundamentais é complementar e não reciprocamente excludente.⁶³ Ainda assim, tendo em vista que os direitos sociais prestacionais objetivam uma maior igualdade e que sua realização acaba implicando restrições da liberdade, a doutrina acaba analisando o problema das relações entre ambos os grupos de direitos fundamentais à luz da tensão entre a igualdade e a liberdade.⁶⁴ Se na concepção liberal os valores da liberdade e da igualdade, compreendidos numa acepção meramente formal, encontram-se em rota de colisão, num Estado Social e Democrático de Direito apenas podem ser encarados numa perspectiva complementar.⁶⁵ É de se observar, ainda, que os direitos sociais a prestações, por almejarem a igualdade real, que não se estabelece por si mesma, acabam servindo à plena realização das liberdades (e, portanto, à liberdade real), já que cumprem a função de promover a redução das desigualdades sociais, econômicas e culturais, que atuam como fatores impeditivos da liberdade real.⁶⁶

60 Neste sentido, v. J. Miranda, in: *RDP* nº 82 (1987), pp. 19 e ss.

61 Uma normatividade reforçada dos direitos de defesa (pelo menos, dos direitos individuais do art. 5º, da CF) apenas poderia ser aceita por quem sustenta que os direitos sociais não constituem direito imediatamente aplicável e que não integram as “cláusulas pétreas” da CF, entendimento do qual não comungamos, como ainda teremos oportunidade de demonstrar.

62 Sobre o sistema dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, v. o nosso “*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*”, pp. 73 e ss.

63 Assim, entre outros, C. Tácito, in: *RDA* nº 178 (1989), p. 02. No que diz com o constitucionalismo lusitano, v. L.M.S. Cabral Pinto, *Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição*, pp. 146 e ss.

64 Cf. P. Vidal Neto, *Estado de Direito – Direitos Individuais e Direitos Sociais*, pp. 151 e ss.

65 Cf. L.M.S. Cabral Pinto, *Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição*, p. 148.

66 Neste sentido cumpre lembrar a lição de C. Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 127.

Assim, com base no exposto, podemos afirmar que, se uma certa tensão entre os direitos de defesa (especialmente, as liberdades fundamentais) e os direitos sociais prestacionais é inevitável, ao mesmo tempo é certo que, consoante já anunciamos, a relação entre ambos os grupos de direitos fundamentais não obedece a uma dialética do antagonismo, mas sim a uma dialética da recíproca complementação, visto que tanto os direitos de defesa quanto os direitos sociais a prestações se baseiam na concepção de que a dignidade da pessoa humana apenas poderá ser plenamente realizada com uma maior liberdade para todos e menos privilégios.⁶⁷ Ainda que, em princípio, situados no mesmo plano de fundamentalidade formal e material dos direitos de defesa, os direitos sociais a prestações acabam se diferenciando daqueles, de modo especial, pelo seu objeto diferenciado, pela sua diversa estrutura normativa e por serem diversos os problemas enfrentados no que diz com a sua eficácia e efetividade. É neste sentido (na constatação de certas diferenças), portanto, que se pode sustentar a existência de um dualismo meramente relativo entre ambas as categorias de direitos fundamentais, registrando-se, desde já, que as assim denominadas liberdades sociais podem ser tidas como equiparadas aos direitos de defesa.

Por terem como objeto uma conduta positiva por parte do destinatário, consistente numa prestação de natureza fática, os direitos sociais prestacionais acabam reclamando uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômica e social, pressupondo, além disso, que seja criada ou colocada à disposição do titular a prestação que constitui seu objeto.⁶⁸ Agregado a esta constatação, situa-se o fato de que o objeto (isto é, o conteúdo da prestação) dificilmente poderá ser estabelecido de forma geral e abstrata, carecendo de análise calcada nas circunstâncias específicas de cada direito fundamental (saúde, educação, moradia, etc.) que se enquadre na categoria dos direitos sociais a prestações.⁶⁹

É justamente pelo fato de que os direitos sociais prestacionais têm por objeto prestações do Estado (ao menos, em regra) diretamente vinculadas à criação, destinação, distribuição e redistribuição de serviços e bens materiais que se aponta, com propriedade, para sua dimensão economicamente relevante.⁷⁰ Tal já não ocorre, em princípio, com os direitos de defesa que – na sua condição de direitos de cunho negativo – podem ser assegurados juridicamente, independentemente da alocação de recursos humanos e materiais e, portanto, independentemente das circunstâncias econômicas.⁷¹ Esta característica dos direitos sociais a

67 Cf. a lapidar formulação de C. Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 130.

68 A este respeito v. , entre outros, J.R. Lima Lopes, in: *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, pp. 126-7.

69 Neste sentido, a oportuna referência de C. Thamm, *Probleme der Verfassungsrechtlichen Positivierung sozialer Grundrechte*, p. 33.

70 Cf. D. Murswiek, in: *HBSr V*, pp. 252 e ss.

71 Cf. C. Starck, in: *BverfG und GG II*, p. 518.

prestações assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica.⁷²

Vinculada a este aspecto, está a problemática da efetiva disponibilidade do objeto reclamado, isto é, se o destinatário da norma se encontra em condições de prestar o que a norma lhe impõe, estando, portanto, na dependência da real existência dos meios para cumprir sua obrigação.⁷³ A limitação dos recursos passa, neste contexto, a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais.⁷⁴ Além da disponibilidade dos recursos, o destinatário da norma deve ter também a capacidade jurídica, em outras palavras, o poder de dispor, já que lhe faltando esta de nada adiantam os recursos existentes serem suficientes.⁷⁵ É justamente em virtude do exposto que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se denominou de uma reserva do possível,⁷⁶ que, compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder jurídico de disposição por parte do destinatário da norma.

A última característica que distingue, em princípio, os direitos sociais a prestações dos direitos de defesa diz com a forma de sua positivação, isto é, com sua estrutura jurídico-normativa. Neste sentido, enquanto a maior parte dos direitos de defesa (direitos negativos) não costuma ter sua plena eficácia e aplicabilidade questionadas, já que sua efetivação depende de operação de cunho eminentemente jurídico, os direitos sociais prestacionais, por sua vez, habitualmente necessitam – assim sustenta boa parte da doutrina – de uma concretização legislativa, dependendo, além disso, das circunstâncias de natureza social e econômica, razão pela qual tendem a ser positivados de forma vaga e aberta, deixando para o legislador indispensável liberdade de conformação na sua atividade concretizadora.⁷⁷ É por esta razão que os direitos sociais a prestações costumam ser considerados como sendo de cunho eminentemente programático.

Para além disso, em favor de uma necessária concretização pelo legislador ordinário, situa-se o argumento de que, em virtude de sua relevância econômico-financeira e de sua colocação sob uma “reserva do possível”, a decisão em favor da

72 Assim, dentre outros, D. Murswiek, in: *HBStR V*, pp. 267. No mesmo sentido, W. Brohm, in: *JZ* 1994, p. 216, que nos fala de uma dependência conjuntural (“Konjunkturabhängigkeit”) dos direitos sociais na sua dimensão prestacional. Relembre-se, quanto a este aspecto, que os direitos a prestações não se restringem aos direitos a prestações sociais, mas abrangem outras posições jurídico-prestacionais, como é o caso do direito à prestação jurisdicional. Por evidente, pois, que mesmo os direitos eminentemente negativos, quando se cuida de sua efetivação, dependem de uma atuação estatal, neste caso, sob a forma da prestação jurisdicional.

73 Cf., entre nós, J.R. Lima Lopes, in: *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, p. 131.

74 Cf. G. Brunner, *Die Problematik der sozialen Grundrechte*, pp. 14 e ss.

75 Esta, entre outros, a lição de C. Starck, in: *BverfG und GG II*, p. 518.

76 Entre nós, v. G.F. Mendes, in: *CDTEP nº 3* (1993), p. 28. Na doutrina lusitana v. J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 201.

77 Esta a lição de J. Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, p. 105.

definição do objeto da prestação e de sua realização, ainda mais no âmbito da aplicação de recursos públicos, incumbe aos órgãos políticos legitimados para tanto, cuidando-se, portanto, de um problema de natureza competencial, razão pela qual há quem sustente que ao Poder Judiciário falta a capacidade funcional necessária para resolver o problema no âmbito estrito da argumentação jurídica.⁷⁸ O quanto esta e as demais características distintivas acabam influenciando na esfera da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais é tema sobre o qual nos debruçaremos no próximo item.

5. O PROBLEMA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

5.1 Considerações introdutórias

Ao empreendermos a tarefa de discorrer sobre a eficácia dos direitos fundamentais sociais, nos deparamos, desde já, com a necessidade de uma tomada de posição na esfera terminológica e conceitual. Para evitar maiores digressões a respeito deste intrincado problema, utilizaremos, para os efeitos deste estudo, a lição de José Afonso da Silva, que, aproximando-se de Meirelles Teixeira, distingue a vigência (qualidade da norma que a faz existir juridicamente, após regular promulgação e publicação, tornando-se de observância obrigatória) da eficácia.⁷⁹ Além disso, ainda que se possa partir da premissa de que entre vigência e eficácia (a primeira como pressuposto da segunda) existe uma correlação dialética de complementariedade,⁸⁰ é preciso clarificar o que entendemos por eficácia. De acordo com a concepção já clássica de José Afonso da Silva, há que distinguir entre a eficácia social da norma (sua real obediência e aplicação aos fatos) e a eficácia jurídica, noção que “designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. Possibilidade e não efetividade.”⁸¹ De acordo com esta noção, a eficácia social confunde-se com a efetividade da norma. Para Luís Roberto Barroso, “a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos pre-

78 Este o entendimento, entre outros, do publicista suíço J.P. Müller, *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, p. 5.

79 Cf. J.A. da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 42. No mesmo sentido já lecionava J.H. Meirelles Teixeira, *Curso de Direito Constitucional*, p. 286.

80 Esta a precisa lição de M.H. Diniz, in: *Constituição de 1988: Legitimidade. Vigência e Eficácia. Supremacia*, p. 67, baseada, por sua vez, em Miguel Reale.

81 Cf. J.A. da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, pp. 55-6.

ceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social”.⁸² Já no que diz com a relação entre a eficácia jurídica e a aplicabilidade, retomamos mais uma vez a lição de José Afonso da Silva para consignar que eficácia e aplicabilidade são fenômenos conexos, já que a eficácia é encarada como potencialidade (a possibilidade de gerar efeitos jurídicos) e a aplicabilidade, como realizabilidade,⁸³ razão pela qual eficácia e aplicabilidade podem ser tidas como as duas faces da mesma moeda, na medida em que apenas a norma vigente será eficaz (no sentido jurídico) por ser aplicável e na medida de sua aplicabilidade.

Cumpre observar, a partir do exposto, que o problema da eficácia engloba a eficácia jurídica (e, portanto, a aplicabilidade) e a eficácia social. Ambas, inobstante situadas em planos distintos (o do dever ser e o do ser), servem à realização integral do Direito e, nesta linha de raciocínio, dos direitos fundamentais. Dadas as limitações deste estudo, priorizaremos o enfrentamento da eficácia jurídica dos direitos fundamentais sociais na sua dimensão negativa (defensiva) e positiva (prestacional), já que o estudo da efetividade (ou eficácia social) implicaria uma análise minuciosa dos diversos instrumentos jurídico-políticos disponíveis para tornar efetivos estes direitos. Em face de sua especial relevância para o problema específico da eficácia (jurídica e social) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, a nossa abordagem iniciará pelo exame do alcance e significado da norma contida no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição.

5.2 Significado e alcance da norma contida no art. 5º, § 1º, da CF: o princípio da eficácia plena e aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais

Conforme dispõe o art. 5º, § 1º, de nossa Constituição, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. A previsão desta norma no título dos direitos fundamentais atribui-se à influência exercida por outras ordens constitucionais sobre o nosso Constituinte,⁸⁴ bem como ao anteprojeto elaborado pela “Comissão Afonso Arinos”, que, no seu art. 10, continha preceito semelhante, ao dispor que “os direitos e garantias desta Constituição têm aplicação imediata”. Constata-se, desde logo, que a doutrina pátria (a exemplo do que ocorre no direito comparado) ainda não alcançou um estágio de consensualidade no que concerne ao alcance e significado do preceito exame, que passou a integrar a pauta dos temas mais polêmicos de nosso direito constitucional.

82 Cf. L.R. Barroso, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, p. 83.

83 Cf. J.A da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, pp. 49-50.

84 Esta a lição, dentre outros, de R.R. Ruschel, in: *AJURIS* n.º 58 (1993), pp. 294-5. Neste contexto, vale citar o art. 18/1 da Constituição Portuguesa de 1976, o art. 332 da Constituição do Uruguai, o art. 1º, inc. III, da Lei Fundamental da Alemanha e o art. 53.1 da Constituição Espanhola de 1978.

Como questão preliminar a ser superada, impõe-se o exame da abrangência material da norma, isto é, se aplicável a todos os direitos fundamentais (inclusive os situados fora do catálogo), ou se restrita aos direitos individuais e coletivos do art. 5º da nossa Constituição. Em que pese a localização topográfica do dispositivo, que poderia sugerir uma exegese restritiva, o fato é que, mesmo sob o ponto de vista da mera literalidade (o preceito referido é claro ao mencionar “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais”), não há como sustentar uma redução do âmbito de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais consagradas na nossa Constituição, nem mesmo aos assim equivocadamente denominados direitos individuais e coletivos do art. 5º.

Mesmo que não nos queiramos contentar com este argumento, entendemos que uma interpretação teleológica e sistemática acabará por conduzir aos mesmos resultados. Em primeiro lugar, o nosso Constituinte – ao contrário da Constituição Portuguesa – não traçou nenhuma distinção expressa entre os direitos de liberdade e os direitos sociais de cunho prestacional. Convém lembrar, que mesmo no capítulo dos direitos sociais encontramos – como já demonstrado – direitos de natureza defensiva (negativa), não se justificando que pelo menos estes, assim como ocorre com os direitos políticos, venham a ser excluídos do âmbito de aplicação da norma.

Do exposto – ainda que não tenhamos esgotado o tema – entendemos que há como sustentar, a exemplo do que tem ocorrido na doutrina,⁸⁵ a aplicabilidade imediata (por força do art. 5º, § 1º, da CF) de todas as normas de direitos fundamentais constantes do Catálogo (arts. 5º a 17), bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais. Aliás, a extensão do regime material da aplicabilidade imediata aos direitos fora do catálogo não encontra qualquer óbice no texto de nossa Lei Fundamental, harmonizando, para além disso, com a concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais consagrada, entre nós, no art. 5º, § 2º, da CF.

Superado este aspecto, cumpre enfrentar o tormentoso problema do significado do art. 5º, § 1º, da CF para as diversas categorias de direitos fundamentais, registrando-se que as diferentes concepções encontradas oscilam entre os que, adotando posição extremamente fímda, sustentam que a norma em exame não pode atentar contra a natureza das coisas,⁸⁶ de tal sorte que boa parte dos direitos fundamentais alcança sua eficácia apenas nos termos e na medida da lei, e os que, situados em outro extremo, advogam o ponto de vista segundo o qual até mesmo normas de cunho nitidamente programático podem ensejar, em virtude de

85 Neste sentido, por exemplo, F. Piovesan, *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*, p. 90.

86 Esta a posição de M.G. Ferreira Filho, in: *RPGESP* nº 29 (1988), pp. 35 e ss., um dos mais ilustres representantes desta corrente.

sua imediata aplicabilidade, o gozo de direito subjetivo individual, independentemente de concretização legislativa.⁸⁷

Como ponto de partida para a formulação de uma posição pessoal, cumpre observar que, mesmo os defensores mais ardorosos de uma interpretação restritiva da norma contida no art. 5º, § 1º, da CF, reconhecem que o Constituinte pretendeu, com sua expressa previsão no texto, evitar um esvaziamento dos direitos fundamentais, impedindo que os mesmos “permaneçam letra morta na Constituição.”⁸⁸ Soma-se a esta constatação o fato de que, de acordo com a melhor doutrina, inexistente norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade, sendo possível falar de uma graduação da carga eficaz das normas (de todas) da Constituição,⁸⁹ o que, de outra parte, não afasta a existência de distinções entre as normas constitucionais no que diz com a forma de sua positivação no texto constitucional, assim como uma diversidade de efeitos jurídicos decorrentes deste fenômeno, razão pela qual foram formuladas diversas teorias propondo uma classificação das normas constitucionais de acordo com o critério de sua eficácia e aplicabilidade.

Assim, cumpre reconhecer que, mesmo no âmbito das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, encontram-se algumas normas que a doutrina majoritária entre nós convencionou denominar de normas de eficácia limitada, as quais não teriam condições de gerar a plenitude de seus efeitos sem a intervenção do Legislador.⁹⁰ Bastaria, neste contexto, atentar para os exemplos do art. 5º, inc. XXXII, da CF (“O Estado promoverá, na forma da lei, a proteção do consumidor”) e art. 7º, inc. XI, da CF (participação dos empregados nos resultados ou lucros da empresa). Aliás, mesmo para os autores considerados mais ousados, não haveria como – sem uma atuação do Legislador – conceder ao indivíduo um direito subjetivo individual à fruição da participação nos lucros ou resultado da empresa.⁹¹

Consoante já frisado alhures, os direitos fundamentais cumprem, em nossa ordem constitucional, a função de direitos de defesa e de direitos a prestações (em sentido amplo e restrito), distinção que conduz à existência de algumas diferenças essenciais entre ambas as categorias de direitos fundamentais, especialmente entre os direitos de defesa e os direitos sociais de cunho prestacional. Estes, por seu turno, assumem habitualmente a feição, no que diz com a sua técnica de positivação e eficácia, de normas carentes de concretização legislativa, o que, de

87 Neste sentido posicionam-se, entre outros, E.R. Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, pp. 322 e ss., e R.R. Ruschel, in: *AJURIS* n.º 58 (1993), pp. 294 e ss.

88 Assim, por exemplo, leciona M.G. Ferreira Filho, in: *RPGE* n.º 29 (1988), p. 38.

89 Esta a lição de M. H. Diniz, *Norma Constitucional e seus Efeitos*, p. 104.

90 Neste sentido, v. J.H. Meirelles Teixeira, *Curso de Direito Constitucional*, pp. 317 e ss., J. A da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, pp. 73 e 86 e ss., assim como M. H. Diniz, *Norma Constitucional e seus Efeitos*, pp. 97 e ss.

91 Este o entendimento, por exemplo, de L.R. Barroso, *O Direito Constitucional e Efetividade de suas Normas*, pp. 107-108.

outra parte, não lhes retira pelo menos um certo grau de eficácia. Assim, verifica-se que a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF, ainda que aplicável a todos os direitos fundamentais, não o poderá ser da mesma forma, aspecto que será oportunamente retomado.

Com base no exposto, e partindo da premissa que não há como tomar a sério os direitos fundamentais se não se levar a sério o disposto no art. 5º, § 1º, da CF, constata-se, desde logo, a necessidade de não subestimarmos (nem superestimarmos) o significado e alcance desta norma. Que este preceito se aplica tão-somente aos direitos fundamentais (sem exceção), e não a todas as normas da Constituição, constitui, por si só, conclusão que assume particular relevância. Com efeito, em hipótese alguma o significado do art. 5º, § 1º, da CF poderá ser reduzido ao que se atribui ao princípio da constitucionalidade, sob pena de equiparação entre as normas de direitos fundamentais e as demais normas constitucionais,⁹² o que, além disso, implicaria um esvaziamento significativo da fundamentalidade na sua perspectiva formal.

Neste contexto, sustentou-se acertadamente que a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF, impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais.⁹³ Além disso, há que dar razão aos que ressaltam o caráter dirigente desta norma, no sentido de que esta, além do objetivo de “assegurar a força vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, tem por finalidade tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, (...) investe os poderes públicos na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos”.⁹⁴ Deste sentido, aproxima-se a lição de Eros Roberto Grau, ao sustentar que o Poder Judiciário, em face do dever de respeito e aplicação imediata dos direitos fundamentais ao caso concreto, encontra-se investido do poder-dever de aplicar imediatamente estas normas, assegurando-lhes sua plena eficácia.⁹⁵

De tudo o que até agora foi exposto e levando-se em conta tanto as distinções entre os direitos de defesa e os direitos a prestações, assim como a evidência de que mesmo no âmbito dos direitos fundamentais encontramos normas de cunho eminentemente programático (ou impositivo, como sustenta Gomes Canotilho), somos levados a crer que a melhor exegese da norma contida no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição, é a que parte da premissa de que se cuida de norma de natureza principiológica, que, por esta razão, pode ser considerada como uma espécie de mandado de otimização (maximização), isto é, que estabelece para os órgãos

92 Cf., entre outros, P.M.G.V. Patto, in: *DDC* nº 33-4 (1988), p. 480.

93 Esta a lição de F. Piovesan, in: *RPGE*SP nº 37 (1992), p. 73.

94 Assim também F. Piovesan, *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*, p. 92.

95 Cf. E.R. Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, pp. 312 e ss.

estatais a tarefa de reconhecerem, à luz do caso concreto, a maior eficácia possível a todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, entendimento sustentado, entre outros, por Gomes Canotilho e entre nós adotado por Flávia Piovesan, como já ressaltado.⁹⁶ Percebe-se, portanto, que o postulado da aplicabilidade imediata não poderá resolver-se, a exemplo do que ocorre com as regras jurídicas (e nisto reside uma das diferenças essenciais entre estas e as normas-princípio), de acordo com a lógica do tudo ou nada, razão pela qual o seu alcance (isto é, o “quantum” em aplicabilidade e eficácia) dependerá do exame da hipótese em concreto.⁹⁷

Para além disso (e justamente por este motivo), cremos ser possível atribuir ao preceito em exame o efeito de gerar uma presunção em favor da aplicabilidade imediata e plena eficácia (e efetividade) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que eventual recusa na outorga da plenitude eficaz a determinada norma de direito fundamental, em virtude da ausência de ato concretizador, deverá ser necessariamente fundamentada.⁹⁸ Como dar operatividade ao princípio (fundamental) da imediata aplicabilidade e plena eficácia (jurídica e social) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais é justamente tarefa a que nos dedicaremos, ainda que sucintamente, no item que segue.

5.3 Significado do princípio da aplicabilidade imediata e plena eficácia para cada categoria dos direitos fundamentais, especialmente para os direitos sociais

5.3.1 Direitos sociais de cunho defensivo (direitos sociais negativos ou “liberdades sociais”)

Os direitos de defesa, por reclamarem (em princípio) uma atitude de abstenção por parte dos destinatários, virtualmente não costumam ter sua plenitude eficaz e, portanto, sua imediata aplicabilidade questionada seriamente. Na medida em que se dirigem a um comportamento em geral omissivo, exigindo o respeito e a não ingerência na esfera da autonomia pessoal ou no âmbito de proteção do direito fundamental, não se verifica, em regra, a dependência da realização destes direitos de prestações fáticas ou normativas por parte do

96 Outra não é a lição, na Alemanha, de K. Hesse, in: *EuGRZ* 1978, p. 433, para quem o art. 1º, inc. III, da Lei Fundamental embasa tanto o entendimento de que os direitos fundamentais não se encontram à disposição dos órgãos estatais, quanto impõe a estes a obrigação positiva de fazer tudo o que for necessário à realização dos direitos fundamentais.

97 A respeito da distinção entre princípios e regras constitucionais v. especialmente J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, pp. 172 e ss.

98 Neste sentido, v. P.M.G.V. Patto, in: *DDC* n° 33-34 (1988), pp. 484 e ss., assim como G. Dürig, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, art. 1, inc. III, p. 43.

destinatário.⁹⁹ Além disso, a aplicabilidade imediata e plena eficácia destes direitos encontram explicação na circunstância de que as normas que os consagram receberam do Constituinte, de modo geral, a suficiente normatividade e independem de concretização legislativa, consoante, aliás, já se sustentava no bojo da clássica teoria das normas auto-executáveis.¹⁰⁰ Justamente na esfera dos direitos de defesa, pode-se afirmar que a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF, tem por objetivo precípua oportunizar a aplicação imediata, sem qualquer intermediação concretizadora, assegurando a plena justiciabilidade destes direitos, no sentido de sua exigibilidade integral em Juízo.¹⁰¹

Nesta linha de entendimento, vale a pena consignar o ensinamento de Vieira de Andrade, para quem, em se cuidando de direitos, liberdades e garantias (direitos de defesa, em última análise) e em ocorrendo a falta ou insuficiência de lei, “o princípio da aplicabilidade directa vale como indicador de exeqüibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se sua perfeição, isto é, a sua auto-suficiência baseada no carácter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui, incluídos o dever dos Juizes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização de para esse fim os concretizarem por via interpretativa.”¹⁰² Ainda que existam, na esfera dos direitos de defesa, normas vagas e abertas, estas podem ter seu conteúdo definido pelo recurso às regras hermenêuticas, não havendo, portanto, necessidade de remeter esta função para o legislador.¹⁰³

As diretrizes fixadas, evidentemente alcançam boa parcela dos direitos sociais consagrados na nossa Constituição, notadamente todos os que exercem uma função precipuamente defensiva (direitos negativos, portanto). Quanto a estes direitos sociais, já se sustentou, entre nós, que desencadeiam sua plenitude eficaz, gerando para seu titular um direito subjetivo, isto é, situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção.¹⁰⁴ Sintetizando, podemos afirmar que, em se tratando de direitos de defesa, a lei não se revela absolutamente indispensável à fruição do direito. Reitere-se, neste contexto, que inexistente qualquer razão para não fazer prevalecer o postulado contido no art. 5º, § 1º, da CF,

99 Esta a lição de L.R. Barroso, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, p. 105, ressaltando que estes direitos, de matriz liberal-burguesa, têm a seu favor a própria lei da inércia.

100 V. o entendimento de R. Barbosa, *Commentarios II*, pp. 483 e ss.

101 Cf. a lição de J. Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, p. 277, quando refere a imediata invocabilidade das normas exeqüíveis por si mesmas.

102 Cf. J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, pp. 256-7.

103 Assim também J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 257.

104 É o que advoga L.R. Barroso, *O Direito Constitucional e Efetividade de suas Normas*, p. 106, referindo-se ao direito de greve (art. 9º, da CF).

já que não se aplicam a estas hipóteses (dos direitos de defesa) os argumentos usualmente esgrimidos contra a aplicabilidade imediata dos direitos a prestações, especialmente os da ausência ou insuficiência de recursos ou mesmo a ausência de legitimação dos tribunais para a definição do conteúdo e do alcance da prestação.

Os direitos de defesa constituem, em princípio, direito subjetivo individual, enquadrando-se, de acordo com a concepção desenvolvida por Celso Antônio Bandeira de Mello naquelas situações em que a norma constitucional outorga ao particular uma situação subjetiva ativa (um poder jurídico), cujo desfrute imediato independe de qualquer prestação alheia, bastando, para tanto (como também refere Luís R. Barroso), uma atitude abstencionista por parte do destinatário da norma.¹⁰⁵ Por evidente que, para além de uma posição jurídico-subjetiva (que, consoante bem demonstrou Alexy pode manifestar-se de formas diferenciadas),¹⁰⁶ as normas constitucionais definidoras de direitos de defesa podem gerar uma série de outros efeitos, inclusive na esfera jurídico-objetiva, que, contudo (por serem comuns a todas as normas de direitos fundamentais), serão referidos quando tratarmos da eficácia dos direitos sociais a prestações.

5.3.2 – Os direitos sociais de cunho prestacional (positivos)

Tendo em vista as distinções traçadas entre os direitos de defesa e os direitos sociais a prestações, há que se ter em mente que o problema da eficácia e aplicabilidade suscita questionamentos diversos na seara desta categoria dos direitos sociais. Constituindo, nos termos do art. 5º, § 1º, da CF, direito imediatamente aplicável, os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, independentemente da forma de sua positivação (mesmo quando eminentemente programáticos ou impositivos), por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, já que não há mais praticamente quem sustente que existam normas constitucionais (ainda mais quando definidoras de direitos fundamentais) destituídas de eficácia e, portanto, de aplicabilidade.

Independentemente – ainda – da discussão em torno da possibilidade de se reconhecerem direitos subjetivos individuais a prestações com base nas normas constitucionais definidoras de direitos sociais prestacionais, importa ressaltar, mais uma vez, que, mesmo estas normas (por mais programáticas que sejam), são dotadas de eficácia e, em certa medida, diretamente aplicáveis já ao nível da Constituição e independentemente de intermediação legislativa. Neste sentido, constata-se que a doutrina majoritária costuma destacar as seguintes cargas eficáciais como

105 Cf. C.A. Bandeira de Mello, in: RDP nº 57-58 (1981), p. 242.

106 Para R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, pp. 96 e ss. Os direitos fundamentais defensivos, na qualidade de direitos subjetivos, agrupam-se em três categorias: a) direitos ao não-impedimento de ações por parte do titular do direito; b) direitos à não-afetação de propriedades ou situações do titular do direito; c) direitos à não-eliminação de posições jurídicas.

sendo, em princípio (ressalvadas eventuais especificidades), comuns mesmo a este tipo de normas, consideradas, em regra, como sendo de eficácia limitada, já que carentes de uma “interpositio legislatoris”:

a) Acarretam a revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao seu conteúdo e, por via de consequência, sua desaplicação, independentemente de uma declaração de inconstitucionalidade,¹⁰⁷ ressaltando-se que entre nós o Supremo Tribunal Federal consagrou a tese da revogação, em detrimento da assim chamada inconstitucionalidade superveniente.

b) Contêm imposições que vinculam permanentemente o legislador, no sentido de que não apenas está obrigado a concretizar os programas, tarefas, fins e ordens mais ou menos concretas previstas na norma, mas também que o legislador, ao cumprir seu desiderato, não se poderá afastar dos parâmetros prescritos nas normas de direitos fundamentais a prestações.¹⁰⁸

c) Implicam a declaração de inconstitucionalidade (por ação) de todos os atos normativos editados após a vigência da Constituição, caso colidentes com o conteúdo das normas de direitos fundamentais, isto é, caso contrários ao sentido dos princípios e regras contidos nas normas que os consagram.¹⁰⁹

d) Constituem parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas (demais normas constitucionais e, especialmente, infraconstitucionais), já que contêm diretrizes, princípios e fins que condicionam a atividade dos órgãos estatais e influenciam, neste sentido, toda a ordem jurídica.¹¹⁰

e) Geram algum tipo de posição jurídico-subjetiva, tomando-se esta em sentido amplo e não necessariamente na concepção de um direito individual subjetivo à fruição da prestação que constitui o objeto da norma de direito fundamental a prestação. Fala-se, neste contexto, de um direito subjetivo de cunho negativo no sentido de que o particular poderá sempre exigir do Estado que se abstenha de atuar em sentido contrário ao disposto na norma de direito fundamental prestacional.¹¹¹ Cuida-se, portanto, de uma dimensão negativa dos direitos positivos, já que as normas que os consagram, além de vedarem a emissão de atos normativos contrários, proíbem a prática de comportamentos que tenham por

107 Cf. L.R. Barroso, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, p. 117. Assim também J. Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, p. 219.

108 Neste sentido, já lecionava, entre nós, J.H. Meirelles Teixeira, *Curso de Direito Constitucional*, pp. 334 e ss. Assim também J. A da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, pp. 146-7.

109 Cf., dentre outros, J.A da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 146, e, mais recentemente, L.R. Barroso, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, p. 117.

110 Cf. J.H. Meirelles Teixeira, *Curso de Direito Constitucional*, pp. 340-1. Assim também J.A da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 147.

111 Esta a lição, por exemplo, R. Russomano, in: *As Tendências Atuais do Direito Público*, pp. 281 e ss. Assim também L.R. Barroso, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, p. 118, na esteira de C.A. Bandeira de Mello, in: *RDP* n° 57-58 (1981), p. 243.

objetivo impedir a produção dos atos destinados à execução das tarefas, fins ou imposições contidas na norma de natureza eminentemente programática.¹¹²

f) Próximo ao sentido referido no item imediatamente precedente, situa-se a problemática dos direitos sociais a prestações que já foram objeto de concretização pelo legislador. Neste sentido, impõe-se a indagação sobre se um dos efeitos inerentes às normas constitucionais que consagram direitos fundamentais desta natureza não seria também o de gerarem o que se convencionou chamar de proibição de retrocesso, impedindo o legislador de, voltando atrás sobre seus próprios passos, abolir determinadas posições jurídicas por ele próprio criadas. Cumpre frisar, neste contexto, que parte da doutrina se posiciona favoravelmente a este aspecto, ressaltando que, uma vez concretizado determinado direito social prestacional, este acaba por transformar-se, neste sentido, num típico direito de defesa.¹¹³

g) Mesmo no âmbito dos direitos fundamentais prestacionais típicos (direito à saúde, educação, previdência social, etc.), em face do perfil que lhes foi conferido pelo nosso Constituinte, verifica-se que a própria prestação que constitui seu objeto acaba, por vezes, assumindo a feição de um direito defensivo, inobstante não exatamente no sentido já referido. Tomando-se, por exemplo, o direito social à educação, regulado na Constituição no art. 6º nos arts. 205 e segs., constatar-se-á que o direito geral à educação abrange uma série de direitos, dos quais o direito à instrução (no sentido de um direito a que o Estado preste ensino, colocando à disposição do titular do direito escolas, material didático e professores) é apenas um entre outros. O art. 206, em diversos dos seus incisos, consagra alguns direitos de natureza eminentemente defensiva (negativa), como é o caso da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (inc. I), da liberdade de ensino e aprendizagem (inc. II), e da gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais (inc. IV). O mesmo se poderá afirmar com relação ao art. 207 da CF, que consagra a garantia institucional da autonomia universitária.

Se quanto aos demais efeitos jurídicos referidos (inclusive no tocante à dimensão defensiva dos direitos a prestações) inexistente maior controvérsia, o mesmo não ocorre no que concerne à possibilidade de se reconhecer ao titular do direito um direito subjetivo à fruição da prestação concreta, inclusive por meio da via judicial. Em primeiro lugar, cumpre registrar que do âmbito desta abordagem serão priorizados os assim denominados direitos originários a prestações, já que na esfera dos direitos derivados a prestações tem sido admitida, com base e na medida da lei concretizadora, um direito subjetivo individual, assim como tem sido admitido um direito de igual acesso às prestações (bens, instituições e serviços) já

112 Cf. o precioso ensinamento de J. Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, pp. 219-20.

113 Esta a lição de J.J. Gomes Canotilho e V. Moreira, *Fundamentos da Constituição*, p. 131. Sobre a proibição de retrocesso na esfera social v. mais detalhes no nosso "*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*", pp. 364 e ss.

existentes, gerando, de tal sorte, um direito de natureza defensiva, com o objetivo de impedir o tratamento discriminatório, viabilizando-se, ademais, o acesso à prestação pretendida.¹¹⁴ O problema a ser enfrentado, portanto, diz com reconhecimento, diretamente com base na norma constitucional e independentemente de qualquer ato de intermediação legislativo, um direito subjetivo de natureza prestacional.

Não havendo como adentrar – em face dos estreitos limites deste estudo – os mais diferenciados aspectos que o problema suscita, sendo também inviável considerar mesmo as principais concepções e argumentos desenvolvidos a respeito na doutrina e na jurisprudência, partiremos, de imediato, para aquilo que consideramos representar uma solução que harmoniza com o espírito da norma contida no art. 5º, par. 1º, da nossa Carta Magna. Na medida em que não se poderá desconsiderar as distinções entre os direitos de defesa e os direitos sociais prestacionais, de modo especial, o fato de que estes estão condicionados, no que diz com a sua realização, pela disponibilidade de recursos e pela capacidade de deles dispor (princípio da reserva do possível), bem como pelo princípio democrático da reserva parlamentar em matéria orçamentária, o que também afeta o princípio da separação de poderes, entendemos que a proposta de solução deverá passar necessariamente pela ponderação dos princípios incidentes na espécie, no âmbito de uma interpretação sistemático-hierarquizadora, tal como nos propõe o ilustre Jurista e Professor Juarez Freitas, em magnífica obra sobre a hermenêutica jurídica.¹¹⁵

É neste sentido que nos valem das lições do conhecido jusfilósofo germânico Robert Alexy, para quem se poderá reconhecer um direito subjetivo originário a prestações nas seguintes circunstâncias: a) quando imprescindíveis ao princípio da liberdade fática; b) quando o princípio da separação de poderes (incluindo a competência orçamentária do legislador), bem como outros princípios materiais (especialmente concernentes a direitos fundamentais de terceiros), forem atingidos de forma relativamente diminuta. Para Alexy, tais condições se encontram satisfeitas sobretudo na esfera dos direitos sociais que correspondem a um padrão mínimo, como é o caso do direito às condições existenciais mínimas, direito à formação escolar e profissional, uma moradia simples e um padrão mínimo de atendimento na área da saúde.¹¹⁶

A solução preconizada por Alexy afina com a natureza principiológica da norma contida no art. 5º, § 1º, da CF, já que esta, impondo a otimização (maximização) da eficácia de todos os direitos fundamentais, não poderia admitir nem uma realização plena dos (e de todos) direitos sociais prestacionais, pena de

114 Neste sentido, v. K. Hesse, in: *EuGRZ* 1978, p. 433. Assim também W. Krebs, in: *JURA* 1988, p. 626.

115 V. Juarez Freitas, *A Interpretação Sistemática do Direito*, 1995.

116 Cf. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, pp. 465-66.

sacrifício de outros princípios ou direitos fundamentais colidentes, nem a negação absoluta de direitos subjetivos a prestações, pena de sacrifício de outros bens igualmente fundamentais. Tomando como exemplo o direito à saúde, perceber-se-á, desde logo, que ao Estado não se impõe apenas o direito de respeitar a vida humana, o que poderá até mesmo implicar a vedação da pena de morte, mas também o dever de proteger ativamente a vida humana, já que esta constitui a razão de ser da própria comunidade e do Estado, além de ser o pressuposto para a fruição de qualquer direito fundamental. Negar ao particular o acesso ao atendimento médico-hospitalar gratuito, ou mesmo o fornecimento de medicamentos essenciais, certamente não nos parece a solução mais adequada (ainda que invocáveis o princípio da reserva do possível e/ou da reserva parlamentar em matéria orçamentária). O mesmo raciocínio poderá ser aplicado no que diz com outros direitos sociais prestacionais básicos, tais como educação, assistência social e condições materiais mínimas para uma existência digna.

Neste contexto, cumpre registrar que o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações não se deverá restringir às hipóteses nas quais a própria vida humana estiver correndo o risco de ser sacrificada, inobstante seja este o exemplo mais pungente a ser referido. O princípio da dignidade da pessoa humana assume, no que diz com este aspecto, importante função demarcatória, podendo servir de parâmetro para avaliar qual o padrão mínimo em direitos sociais (mesmo como direitos subjetivos individuais) a ser reconhecido. Negar-se o acesso ao ensino fundamental obrigatório e gratuito (ainda mais em face da norma contida no art. 208, § 1º, da CF, de acordo com a qual se cuida de direito público subjetivo) importa igualmente em grave violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que este implica para a pessoa humana a capacidade de compreensão do mundo e a liberdade (real) de autodeterminar-se e formatar a existência, o que certamente não será possível em se mantendo a pessoa sob o véu da ignorância¹¹⁷.

Com base no exposto, verifica-se que o problema apenas poderá ser equacionado à luz das circunstâncias do caso concreto e do direito fundamental específico em pauta, sendo indispensável a ponderação dos bens e valores em conflito. Assim, em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do legislador (assim como a separação de poderes e as demais objeções habituais aos direitos sociais a prestações como direitos subjetivos) implicar grave agressão (ou mesmo o sacrifício) do valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes, resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na estei-

117 V. a este respeito o nosso “A Eficácia dos Direitos Fundamentais”, p. 319, obra na qual analisamos com maior profundidade estes e outros exemplos, bem como as principais concepções a respeito do reconhecimento de direitos subjetivos a prestações (v. pp. 272-321).

ra de Alexy e de Gomes Canotilho, que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo for ultrapassado, tão-somente um direito subjetivo “prima facie”, já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em termos de uma lógica do tudo ou nada.¹¹⁸ Esta solução impõe-se até mesmo em homenagem à natureza eminentemente principiológica da norma contida no art. 5º, § 1º, da CF, e das próprias normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

À vista do exposto, percebe-se também que – na esfera dos direitos subjetivos a prestações – se impõe uma relativização da noção de direito subjetivo, constatando-se uma inevitável diferenciação no que diz com a força jurídica das diversas posições jurídico-prestacionais fundamentais em sua dimensão subjetiva, a exemplo, aliás, do que ocorre na esfera jurídico-objetiva (basta lembrar os diversos e importantes efeitos jurídicos inerentes às normas de direitos fundamentais em geral, mesmo de eficácia limitada). Por outro lado, não há como desconsiderar a natureza excepcional dos direitos fundamentais originários a prestações sob o aspecto de direitos subjetivos definitivos, isto é, dotados de plena vinculatividade e que implicam a possibilidade de impor ao Estado (a ao particular, quando for o destinatário), inclusive mediante recurso à via judicial, a realização de determinada prestação assegurada por norma de direito fundamental, sem que com isto se esteja colocando em cheque a fundamentalidade formal e material dos direitos sociais de cunho prestacional.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, cumpre assinalar, aproximando as noções de eficácia jurídica e efetividade (eficácia social), que nem a previsão de direitos sociais fundamentais na Constituição, nem mesmo a sua positivação na esfera infraconstitucional poderão, por si só, produzir o padrão desejável de justiça social, já que fórmulas exclusivamente jurídicas não fornecem o instrumental suficiente para a sua concretização. No que diz com este aspecto, importa consignar a oportuna lição de Dieter Grimm, ilustre publicista e Juiz do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, para quem a efetividade dos direitos fundamentais em

118 Sobre a noção de um direito subjetivo a prestações v. especialmente (além da obra de Alexy já referida) a magistral formulação de J.J. Gomes Canotilho, Tomemos a sério os direitos sociais, econômicos e culturais, pp. 25 e ss. Que, além de direitos subjetivos definitivos e direitos subjetivos “prima facie”, admite a existência de uma terceira categoria de direitos subjetivos a prestações, sustentando (na esteira de Alexy) que há posições jurídico-prestacionais embasadas em normas impositivas de tarefas e fins estatais que geram apenas um dever não-relacional do Estado, que pode ser caracterizado como um dever objetivo “prima facie”, garantido por normas não vinculantes, como ocorre, por exemplo, com o direito ao trabalho e o correspondente dever do Estado de promover uma política de pleno emprego, sem que se possa admitir um direito do particular a um emprego.

geral (e não apenas dos direitos sociais) não se alcança com a mera vigência da norma e, portanto, não se resolve exclusivamente no âmbito do sistema jurídico, transformando-se em problema de uma verdadeira política dos direitos fundamentais.¹¹⁹

Importante é, pois, ter sempre em mente que mesmo uma Constituição de um Estado Social de Direito (necessariamente democrático) não poderá jamais negligenciar o patamar de desenvolvimento social, econômico e cultural da comunidade, sob pena de comprometer seriamente sua força normativa e suas possibilidades de atingir uma plena efetividade.¹²⁰ Neste contexto, cumpre retomar a temática inicial da crise do Estado Social de Direito e da crise dos direitos fundamentais. Especialmente no âmbito dos direitos sociais, onde a referida crise se manifesta com particular agudeza, tal como já demonstrado, verifica-se que o impacto negativo sobre a capacidade prestacional do Estado se encontra diretamente vinculado ao grau de importância do limite fático da reserva do possível e do princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, os quais, por sua vez, atuam diretamente sobre a problemática da eficácia e efetividade dos direitos sociais. Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação democrática a respeito de sua destinação, especialmente de forma a que sejam atendidas satisfatoriamente todas as rubricas do orçamento público, notadamente aquelas que dizem com a realização dos direitos fundamentais e da própria justiça social. Na mesma proporção, deverá crescer o índice de sensibilidade por parte daqueles aos quais foi delegada a difícil missão de zelar pelo cumprimento da Constituição, de tal sorte que - em se tratando do reconhecimento de um direito subjetivo a determinada prestação social - assume lugar de destaque o princípio da proporcionalidade, que servirá de parâmetro no indispensável processo de ponderação de bens que se impõe quando da decisão acerca da concessão, ou não, de um direito subjetivo individual ou mesmo da declaração de inconstitucionalidade de uma medida restritiva dos direitos sociais.

Por outro lado, entendemos que não há como sustentar o argumento de que, em face dos efeitos da crise já referidos, inexistiria alternativa plausível se não a de uma supressão pura e simples dos direitos sociais consagrados na Constituição, a pretexto de serem em grande parte responsáveis pela “ingovernabilidade” do nosso (e de tantos outros) país. Da mesma forma, não devem - especialmente o Juiz e os demais operadores do Direito - simplesmente capitular diante das “forças reais de poder” (Lassale) ou em face da alegação de que inviável o reconhecimento de um direito subjetivo a prestações, socorrendo-se dos limites fáticos da reserva do possível e argumentando que inexistiria dotação orçamentária, pena de esvaziamento completo da eficácia dos direitos sociais. O que se verifica, em verdade,

119 Cf. D. Grimm, in: *Grundrechte und soziale Wirklichkeit*, p. 72.

120 Neste sentido, as bem lançadas ponderações de J.P. Müller, *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, p. 52.

é que o aumento da opressão sócio-econômica e a elevação dos níveis de desigualdade fática fazem com que o reconhecimento e efetivação dos direitos sociais, ainda que em patamar mínimo, voltado à manutenção de um nível existencial digno, transformem-se em meta indispensável a qualquer ordem estatal que tenha a pretensão de ostentar o título de genuinamente democrática.

Aparentemente de forma paradoxal, constata-se que o processo de globalização acabou trazendo avanços significativos na esfera dos direitos fundamentais, não sendo por acaso que hoje se sustenta o fenômeno da universalidade dos direitos fundamentais e a formação de um verdadeiro direito constitucional internacional nesta seara, fenômeno vinculado ao impulso da Declaração Universal da ONU, de 1948, bem como ao expressivo número de convenções internacionais na esfera dos Direitos Humanos, acompanhada da sua recepção pelo direito constitucional dos Estados, tal como sugerido, entre nós, por Flávia Piovesan e Cançado Trindade.¹²¹ De outra parte, verifica-se que a globalização, especialmente no que diz com o avanço das comunicações, tem permitido uma veiculação universal, ainda que mínima, da agenda da defesa da dignidade humana e dos direitos fundamentais, facilitando o fluxo de informações, a denúncia de violações e dificultando a censura sobre os meios de comunicação.¹²² Assim, como se pode concluir a partir da lição do grande jurista brasileiro Paulo Bonavides, a globalização, aqui considerada por um ângulo positivo, como veículo para a afirmação da universalização do reconhecimento da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, acaba contribuindo decisivamente para que estes efetivamente venham a integrar, tal como referido alhures, uma espécie de patrimônio cultural comum da humanidade.¹²³

Nesta quadra da exposição, convém lembrar que os direitos fundamentais, a despeito de sua dimensão jurídico-normativa, essencialmente vinculada ao fato de serem postulados de “dever ser”, possuem o que Pérez Luño denominou de “irrenunciável dimensão utópica”, visto que contêm um projeto emancipatório real e concreto.¹²⁴ Entre nós, reconhecendo igualmente uma perspectiva utópica

121 V. neste sentido, F. Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 1996, e A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 1997.

122 Esta a lição de J. R. Lima Lopes, *Direitos Humanos, Pobreza e Globalização*, in: Revista da AMB nº 02 (1997), pp. 49-50.

123 Cf. P. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, pp. 524 e ss., salientando que no âmbito desta globalização dos direitos fundamentais, assumem relevo os direitos de “quarta geração”, notadamente o direito à democracia (direta), o direito à informação e o direito ao pluralismo, pois deles “depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade.”

124 Cf. A. E. Pérez Luño, *Derechos Humanos y Constitucionalismo en la Actualidad*, in: A.E. Pérez Luño (Org) *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, 1996, p. 15, ressaltando que “faltos de su dimensión utópica, los derechos humanos perderían su función legitimadora del Derecho; pero fora de la experiencia y de la historia perderían sus propios rasgos de humanidad.”

e promocional dos direitos fundamentais, José Eduardo Faria, partindo da concepção de utopia como “horizonte de sentido”, sustenta que a luta pela universalização e efetivação dos direitos fundamentais implica a formulação, implementação e execução de programas emancipatórios, que, por sua vez, pressupõe uma extensão da cidadania do plano meramente político-institucional para os planos econômico, social, cultural e familiar, assegurando-se o direito dos indivíduos de influir nos destinos da coletividade.¹²⁵

Por derradeiro, cremos ser possível afirmar que os direitos fundamentais sociais, mais do que nunca, não constituem mero capricho, privilégio ou liberalidade, mas sim, premente necessidade, já que a sua supressão ou desconsideração fere de morte os mais elementares valores da vida, liberdade e igualdade. A eficácia (jurídica e social) dos direitos fundamentais sociais deverá ser objeto de permanente otimização, na medida em que levar a sério os direitos (e princípios) fundamentais corresponde, em última análise, a ter como objetivo permanente a otimização do princípio da dignidade da pessoa humana, por sua vez, a mais sublime expressão da própria idéia de Justiça.

125 V. J.E. Faria, Democracia e Governabilidade: os Direitos Humanos à luz da Globalização Econômica, in: J.E. Faria (Org). Direito e Globalização Econômica, pp. 154 e ss.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 - ALEXY, Robert. Theorie der Grundrechte, 2ª ed, Frankfurt: Suhrkamp, 1994.
- 2 - ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Coimbra: Almedina, 1987.
- 3 - ANDRADE, José Carlos Vieira de. Rapport sur la protection des droits fondamentaux au Portugal, Coimbra: (não publicado), 1994, 27 p.
- 4 - BARBOSA, Ruy. Commentários à Constituição Federal Brasileira (colligidos e ordenados por Homero Pires), vol. II, São Paulo: Saraiva, 1933.
- 5 - BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas, 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- 6 - BIEBACK, Karl-Jürgen. Sozialstaatsprinzip und Grundrechte, in: EuGRZ 1985,
- 7 - BLECKMANN, Albert. Staatsrecht II – Die Grundrechte, 4ª ed., Köln-Berlin-Bonn: Carl-Heymanns, 1997.
- 8 - BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1996.
- 9 - BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, São Paulo, 1997.
- 10 - BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994.
- 11 - BRUNNER, Georg. Die Problematik der sozialen Grundrechte, in: Recht und Staat n° 404-405, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1971.
- 12 - CRAVEN, Matthew C.R. The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Oxford: Clarendon Press, 1995.
- 13 - DINIZ, Maria Helena. Norma Constitucional e seus Efeitos, São Paulo: Saraiva, 1989.
- 14 - DINIZ, Maria Helena, Advertência sobre a Problematicidade da Vigência e da Eficácia Constitucional, in: T.S. Ferraz Jr./M.H. Diniz e R.A.S. Georgakilas, Constituição de 1988: Legitimidade. Vigência e Eficácia. Supremacia,
- 15 - DÜRIG, Günter, Anmerkungen zu Art. 1 Abs. III GG, in: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz (Org.), Grundgesetz-Kommentar, vol. I, München: C.H.Beck, 1994.
- 16 - FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de Direitos. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996.
- 17 - FARIA, José Eduardo. Democracia e Governabilidade: os Direitos Humanos à Luz da Globalização Econômica, in: J.E. Faria (Org) Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas, São Paulo: Ed. Malheiros, 1996, pp. 127 e segs.
- 18 - FARIA, José Eduardo. Direitos Humanos e Globalização Econômica: notas para uma discussão, in: O Mundo da Saúde, vol. 22 (1998), pp. 74 e segs.
- 19 - FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Aplicação Imediata das Normas Definidoras de Direitos e Garantias Fundamentais, In: Revista da Procura-

70 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 29-74, 2002

- doria-Geral do Estado de São Paulo (RPGESP) n° 29 (1988),
- 20 - FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais, São Paulo: Saraiva, 1996.
- 21 - FREITAS, Juarez. A Interpretação Sistemática do Direito, São Paulo: Malheiros, 1995.
- 22 - GOMES CANOTILHO, Joaquim José. Direito Constitucional, 5ª ed., Coimbra: Almedina, Coimbra, 1992.
- 23 - GOMES CANOTILHO, Joaquim José. Tomemos a sério os direitos sociais, económicos e culturais, Coimbra:Coimbra Editora, 1988.
- 24 - GOMES CANOTILHO, Joaquim José; MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição, Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- 25 - GORENDER, Jacob. Estratégias dos Estados Nacionais diante do Processo de Globalização, in: Regina M. F. Gadelha (Org), Globalização, Metropolização e Políticas Neoliberais, São Paulo: EDUC, 1997, pp73 e segs.
- 26 - GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica), 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.
- 27 - GRIMM, Dieter. Grundrechte und soziale Wirklichkeit, in: W. Hassemer-W. Hoffmann-Riem-J. Limbach (Org.), Grundrechte und soziale Wirklichkeit, Baden-Baden: Nomos, 1982.
- 28 - HAVERKATE, Görg. Verfassungslehre, München, C.H.Beck, 1992.
- 29 - HESSE, Konrad. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20ª ed., Heidelberg: C.F. Müller, 1995.
- 30 - HESSE, Konrad. Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, in: EuGRZ 1978, pp. 427 e ss.
- 31 - HEINEGG, Wolff Heintschel von; HALTERN, Ulrich. Grundrechte als Leistungsansprüche des Bürgers gegenüber dem Staat, in: JÁ 1995, pp. 333 e ss.
- 32 - HIOPOULOS-STRANGAS, Julia (Org). La protection des droits sociaux fondamentaux dans les etats membres de l'union européenne, Baden-Baden:Nomos, 2000.
- 33 - KREBS, Walter. Freiheitsschutz durch Grundrechte, in: JURA 1988, pp. 617 e ss.
- 34 - LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos, São Paulo: Companhia das Letras, 1991.
- 35 - LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito, in: José Eduardo Faria (Org.), Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça, São Paulo:Malheiros, 1994.
- 36 - LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos Humanos, Pobreza e Globalização, in: Revista da AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros), n° 2 (1997), pp. 47 e segs.
- 37 - MANSSSEN, Gerrit. Staatsrecht I – Grundrechtsdogmatik, München: Verlag Franz Vahlen, 1995.

- 38 - MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social, in: Revista de Direito Público (RDP) nº 57-58 (1981)
- 39 - MENDES, Gilmar Ferreira. A Doutrina Constitucional e o Controle da Constitucionalidade como Garantia da Cidadania – Necessidade de Desenvolvimento de Novas Técnicas de Decisão: Possibilidade de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia de Nulidade no Direito Brasileiro, in: Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas (CDTFP) nº 3 (1993), pp. 21 e ss.
- 40 - MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais na Ordem Constitucional Portuguesa, in: Revista de Direito Público (RDP) nº 82 (1987), pp. 05 e ss.
- 41 - MIRANDA, Jorge. Os Direitos Fundamentais – Sua Dimensão Individual e Social, in: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política (CDCCP) nº 1 (1992), pp. 198 e ss.
- 42 - MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, vol. II, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora., 1988.
- 43 - MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, vol. IV, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- 44 - MÜLLER, Jörg-Paul. Soziale Grundrechte in der Verfassung? 2ª ed., Basel-Frankfurt: Helbig & Lichtenhahn, 1981.
- 45 - MURSWIEK, Dieter. Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, in: J. Isensee-P. Kirchhof (Org), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HBStR), vol. V, Heidelberg: C.F. Müller, 1992, pp. 243 e ss.
- 46 - MORAES, Alexandre, Direitos Humanos Fundamentais, São Paulo: Atlas, 1997.
- 47 - MORAIS, José Luís Bolzan de. Do Direito Social aos Interesses Transindividuais, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- 48 - PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. A Vinculação das Entidades Públicas pelos Direitos Fundamentais, in: Documentação e Direito Comparado (DDC) nº 33-34 (1988), pp. 474 e ss.
- 49 - PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Derechos Humanos y Constitucionalismo em la Actualidad, in: A.E. Pérez Luño (Org), Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio, Madrid: Marcial Pons, 1996, pp. 11 e ss.
- 50 - PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Grundrechte, Staatsrecht II, 11ª ed., Heidelberg: C.F. Müller, 1995.
- 51 - PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição, Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- 52 - PIOVESAN, Flávia. Proteção Judicial contra Omissões Legislativas, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- 53 - PIOVESAN, Flávia. Constituição e Transformação Social: A Eficácia das Normas Constitucionais Programáticas e a Concretização dos Direitos e Ga-

- rantias Fundamentais, in: Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (RPGESP), nº 37 (1992), pp. 63 e ss.
- 54 - PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, Rio de Janeiro: Max Limonad, 1996.
- 55 - RUSCHEL, Ruy Ruben. A Eficácia dos Direitos Sociais, in: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS) nº 58 (1993), pp. 291 e ss.
- 56 - SACHS, Michael. Vorbemerkungen zu Abschnitt 1, in: M. Sachs (Org), Grundgesetz-Kommentar, München: C.H.Beck, 1996.
- 57 - SANTOS, Boaventura Souza. Reinventar a Democracia: entre o Pré-Contratualismo e o Pós-Contratualismo, Coimbra: Oficina do Centro de Estudos Sociais, 1998.
- 58 - SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- 59 - SARLET, Ingo Wolfgang. Die Problematik der sozialen Grundrechte in der brasilianischen Verfassung und im deutschen Grundgesetz, Frankfurt: Peter Lang, 1997.
- 60 - SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade, in: AJURIS nº 73 (1998), pp. 210 e segs.
- 61 - SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- 62 - SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- 63 - STARCK, Christian, Anmerkungen zu Art. 1, Abs. III GG, in: H. von Mangoldt - F.Klein - C.Starck (Org.), Das Bonner Grundgesetz, 3ª ed., vol. I, München: Franz Vahlen, 1985.
- 64 - STARCK., Christian, Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen, in: C. Starck (Org.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol. II, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1976, pp. 480 e ss.
- 65 - STERN, Klaus. Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte, in: J. Isensee – P. Kirchhof (Org.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HBStR), vol. V, Heidelberg: C.F. Müller, 1992, pp. 05 e ss.
- 66 - STRECK, Lênio Luís; MORAIS, José Luís Bolzan de. Ciência Política e Teoria Geral do Estado, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- 67 - STUMM, Raquel Denise. Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- 68 - TÁCITO, Caio. Os Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988, in: Revista de Direito Administrativo nº 178 (1989), pp. 01 e ss.

- 69 - THAMM, Cláudia. Probleme der verfassungsrechtlichen Positivierung sozialer Grundrechte – eine historisch-vergleichende Darstellung, Jur. Diss (tese de Doutorado), Bielefeld, 1989.
- 70 - TEIXEIRA, João Horácio Meirelles, Curso de Direito Constitucional, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- 71 - TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, vol. I, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.
- 72 - VIDAL NETO, Pedro. Estado de Direito – Direitos Individuais e Direitos Sociais, São Paulo: Ltr, São Paulo, 1979.
- 73 - WOLKMER, Antonio Carlos, Direitos Políticos, Cidadania e Teoria das Necessidades, in: Revista de Informação Legislativa (RIL) nº 122 (1994), pp. 275 e ss.
- 74 - ZACHER, Hans-Friedrich. Sozialpolitik und Menschenrechte in der Bundesrepublik Deutschland, München-Wien: Günter Olzog Verlag, 1968.
- 75 - ZACHER, Hans-Friedrich. Das soziale Staatsziel, in: J. Isensee-P. Kirchhof (Org). Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, vol. I, Heidelberg: C.F. Müller, 1987.